

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

SOBRECARGA PROCESSUAL DO STF:

**CRÍTICA À ABSTRATIZAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTROLE CONCRETO DE
CONSTITUCIONALIDADE E ALTERNATIVAS DE RACIONALIZAÇÃO**

DOUTORAMENTO EM DIREITO – CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

ARTHUR MAXIMUS MONTEIRO

ORIENTADOR:

PROFESSOR DOUTOR CARLOS BLANCO DE MORAIS

2019

Documento especialmente elaborado para a obtenção do grau de doutor

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

SOBRECARGA PROCESSUAL DO STF:

**CRÍTICA À ABSTRATIZAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTROLE CONCRETO DE
CONSTITUCIONALIDADE E ALTERNATIVAS DE RACIONALIZAÇÃO**

ARTHUR MAXIMUS MONTEIRO

Orientador: Professor Doutor Carlos Blanco de Moraes

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Ciências Jurídico-Políticas

Presidente:

-Doutor José Artur Anes Duarte Nogueira

Júri:

- Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano, Professora Auxiliar

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

-Doutora Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho, Professora Auxiliar

Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa;

-Doutora Ana Paula Mota da Costa e Silva, Professora Catedrática

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

-Doutor Carlos Manuel de Almeida Blanco de Moraes, Professor Catedrático

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

-Doutora Maria José Reis Rangel Mesquita, Professora Associada com Agregação

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

-Doutor Pedro Abel Carvalho de Amaral Fernández Sánchez, Professor Auxiliar

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

RESUMO

Trata o presente trabalho de um estudo relativo à sobrecarga processual do Supremo Tribunal Federal. Ao longo de sua história, desde quando o controle de constitucionalidade foi instituído no Brasil, com a Constituição de 1891, o STF veio acumulando competências originárias e recursais, competências que se traduziam em um volume cada vez maior de processos. Após a Constituição de 1988, atingiu-se o ápice desse movimento, uma vez que, de acordo com o texto constitucional, o Tribunal funciona tanto como Suprema Corte quanto como Corte Constitucional. Com o Supremo recebendo anualmente mais de uma centena de milhar de casos, passou-se a discutir alternativas para mitigar o atravancamento processual do STF. De início, maximizou-se os instrumentos de controle abstrato de normas, regulamentando-se a Adin e a ADPF e criando-se a ADC. Mesmo essa providência, contudo, não foi suficiente, pois os recursos extraordinários, os *habeas corpus* e as reclamações constitucionais continuavam a chegar aos milhares à Corte. Foi quando se concebeu a idéia de abstratizar-se os efeitos do controle concreto de constitucionalidade, especialmente através de dois instrumentos: a súmula vinculante e a repercussão geral em recurso extraordinário. Para além destes, o Supremo passou a conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em mandado de injunção e a transformar o *habeas corpus* em modalidade anômala de controle de constitucionalidade. Apesar de experimentar algum sucesso inicialmente, nenhuma dessas iniciativas conseguiu resolver o problema que se propunham a resolver: a sobrecarga processual do Supremo Tribunal Federal. Se entre 2006 e 2010 o volume de processos efetivamente veio a se reduzir, a partir de 2011 o número voltou a subir, alcançando em 2017 novamente o patamar de 100 mil processos anuais. Pretende-se, portanto, abordar tanto esses novos mecanismos como a prática jurisprudencial do STF, a fim de saber se ambos estão de acordo com o texto constitucional e, caso contrário, propor alternativas para a resolução do problema.

PALAVRAS-CHAVE: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONTROLE CONCRETO. ABSTRATIZAÇÃO. EFEITOS.

ABSTRACT

This work deals with a study on the procedural overload of the Brazilian Federal Supreme Court. Throughout its history, since the constitutional judicial review was instituted in Brazil, within the Constitution of 1891, the STF accumulated original and appeal competencies, which were translated into an increasing volume of cases. After the 1988 Constitution, the apex of this movement was reached, since, according to the constitutional text, the Court functions as both Supreme Court and Constitutional Court. With the Supreme receiving annually more than a hundred thousand cases, we began to discuss alternatives to mitigate the procedural obstruction of the STF. Initially, the instruments of abstract judicial review were maximized, regulating the Adin and the ADPF and creating the ADC. Even this provision, however, was not enough, as extraordinary appeals, *habeas corpus* and constitutional complaints continued to reach the Court by thousands. It was when the idea of abstracting the effects of concrete judicial review was conceived, especially through two instruments: the “súmula vinculante” and the “repercussão geral” in extraordinary appeal. In addition to these, the Supreme came to confer *erga omnes* efficacy on decisions issued in the *writ of injunction* and to transform *habeas corpus* into an anomalous modality of judicial review. Despite experiencing some initial success, none of these initiatives solved the problem they were proposing to solve: the procedural overburden of the Federal Supreme Court. If, between 2006 and 2010, the volume of processes effectively decreased, in 2011 the number started once more to increase, reaching in 2017 again the level of one hundred thousand annual cases. It is therefore intended to address both these new mechanisms and the jurisprudential practice of the STF in order to know whether both are in accordance with the constitutional text and, if not, to propose alternatives for solving the problem.

KEYWORDS: JUDICIAL REVIEW. FEDERAL SUPREME COURT. CONCRETE CONTROL. ABSTRACT. EFFECTS.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC – Ação declaratória de constitucionalidade

Adin – Ação direta de inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Ag – Agravo de instrumento

AgRg – Agravo regimental

ARE – Agravo em recurso extraordinário

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DJ – Diário da Justiça

EC – Emenda à Constituição

EResp – Embargos de divergência em recurso especial

HC – *Habeas corpus*

MC – Medida cautelar

MI – Mandado de injunção

MS – Mandado de segurança

QO – Questão de ordem

Rcl – Reclamação

RE – Recurso extraordinário

REsp – Recurso especial

RHC – Recurso ordinário em *habeas corpus*

RMS – Recurso ordinário em mandado de segurança

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SV – Súmula Vinculante

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TST – Tribunal Superior do Trabalho

Para Iolanda

AGRADECIMENTOS

Aprender é, na sua essência, um processo de sofrimento, como gosta de repetir o meu estimado Prof. Dr. José de Melo Alexandrino. E não haveria nenhuma razão para imaginar que sair da graduação para galgar níveis cada vez mais altos na pós-graduação não significasse, antes de mais nada, uma provação extrema. Mas se, nesse quesito, a trajetória do meu mestrado transformou-se quase numa saga épica, o doutoramento, ao revés, foi sobretudo uma jornada de *descobrimientos*.

Descobri, em primeiro lugar, que mar nenhum é suficientemente revoltoso se o comando do navio está entregue a mãos seguras. Nesse sentido, não poderia encontrar melhor pessoa para ajudar-me na travessia das tormentas do conhecimento do que o Prof. Dr. Carlos Blanco de Moraes. Além de renovar o voto de confiança que em mim depositou quando aceitou orientar-me no mestrado, o Prof. Blanco conduziu o barco desta tese com a precisão habitual dos grandes timoneiros. Sempre que a nave encontrava-se a perigo, seja pelo risco de abalroar-se com algum obstáculo intransponível, seja pela possibilidade de submergir frente às dificuldades, seu olhar clínico orientava-me de volta ao rumo, impedindo que a nau fosse a pique. Por mais de uma vez, o Prof. Blanco pôs de lado seus imensos afazeres diários apenas para atender às impertinentes dúvidas deste que vos escreve. E a paciência com que o fazia revelava a satisfação que só habita nos mais verdadeiros professores. Sua elegância e rigor técnico continuam a ser o melhor norte para quem deseja um dia alcançar a excelência acadêmica.

Descobri, em segundo lugar, que as perdas pelo caminho se transformam no suporte da busca por um amanhã melhor. Isto posto, a morte sucessiva de meus três avós, Arthur, Izaura e Isabel, durante o período de elaboração desta tese, acabou por perpetuar o afeto que guardava por todos eles, transformando o orgulho que sentiam numa força incessante que me move para a frente, na esperança de um dia poder estar à altura das expectativas que nutriam por mim.

Descobri, em terceiro lugar, que não importa aonde você vá: sua família sempre estará com você. Ao afastar-me por mais de dois anos da minha sofrida pátria-mãe, jamais imaginei que pudesse sentir tão presente o calor dos laços forjados pelo sangue e renovados pelo carinho. Por isso mesmo, agradeço a meu pai, Arthur; a minha mãe, Carmen; a minha sogra, Tereza; a minha cunhada, Christina; e aos meus

amados sobrinhos João Gabriel, Ana Bárbara, Ana Tereza e João Roberto; por nunca me deixarem pensar que estava só nessa caminhada.

Descobri, por fim, que mais importante do que a história que nos trouxe até aqui é a história que vamos escrever daqui pra frente. Foi o que me ensinou Ana Orgette ao longo de quase duas décadas de relacionamento. Ela foi, a um só tempo: o arrimo, quando tudo eram dificuldades; a crítica, quando o esforço não parecia suficiente; a censora, quando eu tentava me desviar do caminho; e a companheira, em todas as horas. Mais do que isso, devo-lhe a coautoria naquilo que um trabalho possa ser fruto de apoio emocional e espiritual.

Isso, porém, não diz tudo. Foi com ela e através dela que descobri a suprema alegria nos olhos de Iolanda. Se antes os momentos de júbilo eram intercalados por momentos de melancolia, Iolanda conferiu-me a graça de conhecer um estado nunca dantes imaginado de permanente felicidade. Mesmo as agruras das noites insones eram largamente superadas pelo seu indescritível sorriso matinal, que rompia junto com os raios da manhã como na narrativa do Gênesis, quando Deus apartou a luz das trevas. Era especialmente nesses momentos que minha fé na Providência Divina se renovava. É por isso mesmo – e por uma série de outras coisas que, sozinhas, tomariam um livro inteiro – que eu não hesito em concluir que metade do que sou hoje devo a ela. A outra metade, eu procuro copiar.

Lisboa, 29 de janeiro de 2018.

O problema não é inventar. É ser inventado hora após hora e nunca ficar pronta nossa edição convincente.

Carlos Drummond de Andrade

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	9
1. Apresentação do problema.....	9
2. Delimitação do objeto	13
3. Método.....	14
4. Percorso discursivo	19
I – EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL..	21
I.1 Constituição de 1824.....	21
I.2 Constituição de 1891.....	24
I.2.1 Controle de constitucionalidade na Constituição de 1891	25
I.2.2 A fiscalização concreta sem <i>stare decisis</i>	27
I.2.3 Revisão constitucional de 1926.....	28
I.3 Constituição de 1934.....	29
I.3.1 O recurso extraordinário na Constituição de 1934.....	31
I.3.2 A suspensão pelo Senado Federal da eficácia de lei declarada inconstitucional ..	32
I.3.3 A cláusula de reserva de plenário.....	33
I.4 Constituição de 1937.....	34
I.4.1 Controle de constitucionalidade na Constituição de 1937	36
I.5 Constituição de 1946.....	37
I.5.1 O retorno à normalidade democrática	38
I.5.2 O golpe militar de 1964.....	39
I.5.3 A Reforma Constitucional de 1965 e a criação da representação contra inconstitucionalidade.....	40
I.6 Constituição de 1967.....	42
I.6.1 O Pacote de Abril de 1977	44
I.7 A Redemocratização e a Constituição de 1988	46
I.7.1 Controle de constitucionalidade na Constituição de 1988	48
I.7.1.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	48
I.7.1.2 O mandado de injunção	51
I.7.1.3 A reclamação constitucional.....	51
I.7.2 A Emenda Constitucional nº3, de 1993	53
I.7.2.1 A criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	53
I.7.2.2 Os efeitos das ações de controle abstrato	55
I.7.3 A regulamentação legal das ações de controle abstrato de normas	57
I.7.4 A regulamentação legal da ADPF.....	59
I.7.4.1 A ausência de definição a nível constitucional.....	59
I.7.4.2 A tentativa de criação do incidente de inconstitucionalidade	60
I.7.4.3 A estruturação da ADPF.....	62
I.7.5 A Reforma do Judiciário de 2004	64
I.7.5.1 Introdução.....	64
I.7.5.2 A introdução do princípio da duração razoável do processo.....	65

I.7.5.3 O problema dos efeitos das ações de controle abstrato	65
I.7.5.4 A criação da súmula vinculante e da repercussão geral	66
I.8 Em conclusão: o estado da arte no controle de constitucionalidade.....	68
II – A ABSTRATIZAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTROLE CONCRETO DE	
CONSTITUCIONALIDADE.....	70
II.1 Conceito de abstratização.....	70
II.2 O Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade.....	71
II.3 Controle de constitucionalidade em <i>civil law</i> e controle de constitucionalidade	
em <i>common law</i>.....	75
II.4 Controle concreto x controle abstrato.....	78
II.5 A abstratização do controle concreto	84
II.5.1 Introdução	84
II.5.2 Primeiros passos	86
II.5.2.1 Inviabilidade prática das ações coletivas	87
II.5.2.2 Inviabilidade das ações coletivas como sucedâneo das ações de controle de	
constitucionalidade	88
II.5.3 Recurso Extraordinário	90
II.5.3.1 Introdução	90
II.5.3.2 Hipóteses de cabimento.....	92
II.5.3.3 Pressupostos recursais	93
II.5.3.3.1 Pressupostos recursais específicos	94
II.5.3.4 A questão do prequestionamento	95
II.5.3.5 Processamento.....	97
II.5.3.6 O mecanismo da repercussão geral	98
II.5.3.6.1 Introdução.....	98
II.5.3.6.2 Conceito de repercussão geral	99
II.5.3.6.3 Casos de inexistência de repercussão geral	103
II.5.3.6.4 Natureza jurídica	104
II.5.3.6.5 Repercussão geral x instrumentos análogos no direito estrangeiro	106
II.5.3.6.6 Temporalidade da exigência.....	108
II.5.3.6.7 Procedimento	110
II.5.3.6.8 Quórum de deliberação.....	111
II.5.3.6.9 Presunção de repercussão geral	113
II.5.3.6.9.1 Crítica à presunção de repercussão geral	114
II.5.3.6.10 A escolha do recurso representativo da controvérsia	116
II.5.3.6.10.1 Crítica ao modo de escolha do recurso representativo da	
controvérsia	117
II.5.3.6.10.2 Escolha do recurso representativo da controvérsia no novo CPC	
.....	119
II.5.3.6.10.3 E os recursos que não foram escolhidos?	120
II.5.3.6.11 A admissibilidade do <i>amicus curiae</i>	122
II.5.3.6.12 O problema do Plenário Virtual	124
II.5.3.6.13 Efeitos da decisão	125

II.5.3.6.13.1 Efeito vinculante e eficácia <i>erga omnes</i> em repercussão geral? ..	126
II.5.3.6.14 Recursos	127
II.5.3.6.14.1 Mandado de segurança contra decisão em repercussão geral? ...	128
II.5.3.6.14.2 Como impugnar as decisões nos tribunais de origem?	129
II.5.3.6.15 Prejudicialidade da repercussão geral frente às ações de controle abstrato	130
II.5.3.6.15.1 O julgamento da Adin nº. 4.071/DF	131
II.5.3.6.15.2 Crítica à prejudicialidade da repercussão geral frente as ações de controle abstrato	133
II.5.3.6.16 Modulação dos efeitos da decisão prolatada em recurso extraordinário	134
II.5.3.6.16.1 O problema da declaração de inconstitucionalidade <i>pro futuro</i> ..	135
II.5.4 Súmula vinculante.....	136
II.5.4.1 Introdução	136
II.5.4.2 Terminologia: súmula vinculante e institutos análogos.....	139
II.5.4.2.1 Precedente x jurisprudência.....	141
II.5.4.3 Escorço histórico	143
II.5.4.3.1 Dos assentos às súmulas representativas de jurisprudência	143
II.5.4.3.2 Das súmulas representativas de jurisprudência às súmulas vinculantes	144
II.5.4.3.2.1 Primeiros passos	144
II.5.4.3.2.2 As alterações no antigo Código de Processo Civil	145
II.5.4.3.2.3 O advento da súmula vinculante	147
II.5.4.4 Natureza jurídica	148
II.5.4.5 Características	150
II.5.4.6 Pressupostos	152
II.5.4.6.1 O caso da Súmula Vinculante nº.11	154
II.5.4.7 Quórum	158
II.5.4.8 Admissibilidade do <i>amicus curiae</i>	159
II.5.4.9 Modificação e cancelamento	160
II.5.4.10 Legitimidade	162
II.5.4.10.1 A doutrina da pertinência temática	162
II.5.4.10.2 Pertinência temática para súmula vinculante?	165
II.5.4.11 Efeitos da súmula vinculante	166
II.5.4.12 Limites subjetivos da vinculação	169
II.5.4.12.1 Vinculação do legislador?	169
II.5.4.12.2 Vinculação do STF?	170
II.5.5 Reclamação constitucional	172
II.5.5.1 Escorço histórico	173
II.5.5.2 Reclamação constitucional x Queixa constitucional alemã (<i>Verfassungsbeschwerde</i>)	175
II.5.5.3 Reclamação constitucional x <i>Recurso de amparo</i>	177
II.5.5.4 Natureza jurídica	180
II.5.5.4.1 Natureza administrativa x natureza jurisdicional	180

II.5.5.4.2 Natureza jurídica recursal.....	181
II.5.5.4.3 Natureza jurídica incidental.....	183
II.5.5.4.4 Reclamação como manifestação do direito de petição.....	184
II.5.5.4.5 Reclamação como ação constitucional.....	186
II.5.5.5 Cabimento.....	187
II.5.5.5.1 Usurpação de competência.....	188
II.5.5.5.2 Garantia da autoridade das decisões do STF.....	189
II.5.5.5.2.1 Primeiros passos.....	189
II.5.5.5.2.2 A viragem paradigmática.....	191
II.5.5.5.2.3 O panorama atual da reclamação.....	192
II.5.5.6 Legitimidade.....	194
II.5.5.6.1 Legitimidade ativa em caso de usurpação de competência.....	194
II.5.5.6.2 Legitimidade ativa em caso de garantia da autoridade da decisão.....	195
II.5.5.6.3 Legitimidade passiva.....	196
II.5.5.7 Processamento.....	197
II.5.5.8 Cabimento de liminar.....	198
II.5.5.9 Efeitos da decisão.....	200
II.5.5.10 Recursos cabíveis.....	201
II.5.5.11 Cabimento da reclamação nas súmulas vinculantes.....	203
II.5.5.11.1 Necessidade de prévio esgotamento da via administrativa: inconstitucionalidade?.....	204
II.5.6 Mandado de injunção.....	207
II.5.6.1 Introdução.....	207
II.5.6.2 A injunção no direito comparado.....	208
II.5.6.2.1 Mandado de injunção x <i>writ of injunction</i>	208
II.5.6.2.2 Mandado de injunção x <i>Verfassungsbeschwerde</i>	210
II.5.6.3 Objeto.....	211
II.5.6.4 Legitimidade.....	213
II.5.6.5 Estruturação do instrumento.....	215
II.5.6.5.1 A questão da auto-aplicabilidade.....	215
II.5.6.5.2 O recurso às normas processuais do mandado de segurança.....	217
II.5.6.5.3 Processamento.....	219
II.5.6.5.4 Problemática dos efeitos da decisão no mandado de injunção.....	220
II.5.6.5.4.1 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	221
II.5.6.5.4.1.1 O <i>leading case</i>	222
II.5.6.5.4.1.2 O avanço do Supremo Tribunal Federal.....	224
II.5.6.5.4.1.2.1 O Mandado de Injunção nº. 283/DF.....	224
II.5.6.5.4.1.2.2 O Mandado de Injunção nº. 232/RJ.....	225
II.5.6.5.4.1.2.3 O Mandado de Injunção nº. 543/DF.....	227
II.5.6.5.4.1.2.4 O caso do direito de greve dos servidores públicos.....	228
II.5.6.5.5 Reclamação em mandado de injunção?.....	232
II.5.6.5.5.1 O caso da greve da Polícia Civil de São Paulo.....	232
II.5.6.5.5.2 Panorama atual.....	234
II.5.6.5.6 A função contemporânea do mandado de injunção.....	235

II.5.7 O curioso caso do <i>habeas corpus</i>	236
II.5.7.1 Introdução	236
II.5.7.2 <i>Habeas corpus</i> como instrumento de controle de constitucionalidade	237
II.5.7.2.1 Escorço histórico	237
II.5.7.2.2 Competência do Supremo em matéria de <i>habeas corpus</i>	239
II.5.7.2.2.1 Foro especial por prerrogativa de função	239
II.5.7.2.2.2 O cabimento no caso de Tribunal Superior como autoridade coatora	241
II.5.7.2.2.3 A desvirtuação da competência restrita do Supremo em <i>habeas corpus</i>	243
II.5.7.2.2.4 O caso do HC nº. 82.959/SP	245
II.5.7.3 A Reclamação nº. 4.335/AC	246
II.5.7.3.1 A redefinição do papel do Senado Federal	248
II.5.7.3.2 A controvérsia no julgamento	249
II.5.7.3.3 A solução do Ministro Teori Zavascki	250
II.5.7.4 A controvérsia quanto à execução da pena de condenados em 2º grau	251
II.5.7.4.1 Primeiro entendimento	251
II.5.7.4.2 A reversão do posicionamento	254
II.5.7.4.3 A não vinculação do precedente	256
II.5.7.4.4 A Medida Cautelar nas ADCs nºs. 43/DF e 44/DF	257
II.5.7.5 <i>Habeas corpus</i> para fiscalizar normas constitucionais originárias	258
II.5.7.6 Modulação de efeitos	260
II.6 Em conclusão: estado atual do controle concreto de constitucionalidade	262
III. CRÍTICAS À ABSTRATIZAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTROLE CONCRETO	265
III.1 Introdução	265
III.2 Súmula vinculante x repercussão geral: incongruências sistemáticas	267
III.2.1 Inviabilidade recíproca dos instrumentos	267
III.2.2 Tentativas de compatibilização dos instrumentos pelo STF	269
III.2.3 A questão das resoluções do Senado Federal	271
III.2.4 O posicionamento do STF	273
III.2.5 A discrepância na sistemática de julgamento	274
III.3 Críticas à súmula vinculante	274
III.3.1 Súmula vinculante x independência funcional do juiz	276
III.3.1.1 Argumentos contrários	276
III.3.1.2 Argumentos favoráveis	279
III.3.1.2.1 A necessidade de coerência sistêmica	280
III.3.1.2.2 A súmula como instrumento de acerto do direito	281
III.3.1.2.3 A operação de verificação	282
III.3.1.2.4 A inexistência de engessamento do pensamento jurisprudencial	283
III.3.1.2.5 A precedência do STF na fiscalização da constitucionalidade	284
III.3.1.2.6 Conclusão	285
III.3.2 Súmula vinculante x princípio da legalidade	285

III.3.2.1 Súmula vinculante x tipicidade legislativa	285
III.3.2.2 Súmula vinculante x vinculação de particulares	287
III.3.2.3. Súmula vinculante x criação de direito	288
III.4 Súmula vinculante e mandado de injunção abstrato em face do princípio da separação de poderes	290
III.4.1 Introdução	291
III.4.2 Separação de poderes sob um prisma histórico	291
III.4.3 A construção dogmática da doutrina da separação dos poderes	294
III.4.3.1 A especialização de funções	294
III.4.3.2 Função executiva x função legislativa	294
III.4.3.2.1 A possibilidade de integração normativa por via judicial	295
III.4.3.2.2 A distinção entre poder legislativo e poder judicial	296
III.4.3.2.3 A tripartição funcional de acordo com Montesquieu	297
III.4.3.2.4 A garantia tardia do sistema de fiscalização de constitucionalidade na Europa	297
III.4.3.3 A preponderância do Poder Legislativo	299
III.4.3.3.1 A perspectiva clássica	299
III.4.3.3.2 A introdução de mecanismos de controle de constitucionalidade	300
III.4.3.3.3 Tripartição funcional de poderes e Estado de Direito	300
III.4.4 Separação de poderes e doutrina do <i>checks and balances</i>	301
III.4.5 Há uma fórmula universal para a separação dos poderes?	303
III.4.6 A dogmática da separação de poderes na Constituição brasileira	305
III.4.7 <i>Checks and balances</i> na Constituição de 1988	307
III.4.7.1 O <i>impeachment</i> do Presidente da República e dos ministros do STF	308
III.4.7.2 As leis delegadas	309
III.4.7.3 As medidas provisórias	310
III.4.8 O Poder Legislativo	313
III.4.9 O Poder Executivo	314
III.4.10 O Poder Judiciário	315
III.4.11 Separação de poderes x súmula vinculante	317
III.4.11.1 A função histórica das súmulas x a atual súmula vinculante	318
III.4.11.2 Súmula vinculante como lei	321
III.4.11.2.1 Súmula vinculante x função legislativa	322
III.4.11.2.2 Súmula vinculante x medidas provisórias	323
III.4.11.2.3 O problema da interpretação das súmulas vinculantes	324
III.4.11.3 A súmula anti-nepotismo	326
III.4.12 Separação de poderes x mandado de injunção com eficácia <i>erga omnes</i>	328
III.4.12.1 O Supremo como legislador positivo	329
III.4.12.2 Supremacia da Constituição x Inércia do Legislador	330
III.4.12.3 “Norma legal” x “norma judiciária”	332
III.4.12.4 O risco de atropelo do processo democrático	333
III.4.12.5 O problema da “politização” da Justiça	335
III.4.13 O problema da legitimação judicial	336
III.4.13.1 O ativismo judicial no Brasil	336

III.4.13.2 A legitimidade constitucional dos juízes	337
III.4.13.3 A necessidade de autocontenção judicial.....	339
III.4.13.4 O Supremo como suplente do legislador	339
III.4.13.5 O maniqueísmo constitucional.....	341
III.4.13.6 Função legislativa x função judicial	341
III.4.13.7 O STF como “campeão dos direitos fundamentais”	343
III.4.13.8 STF legiferante x STF legislador negativo	344
III.4.13.9 A necessidade de respeito à via democrática.....	345
III.5 Crítica à abstratização do <i>habeas corpus</i>	346
III.6 O “Supremo Tribunal de Reclamações”	351
III.6.1 Reclamação em repercussão geral?	354
III.6.2 O traslado da crise numérica do recurso extraordinário para a reclamação	357
III.7 Crítica à modulação de efeitos em controle concreto.....	360
III.7.1 A problemática da modulação: inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99	360
III.7.2 A extensão da eficácia modulatória ao controle concreto	362
III.8 Em conclusão	364
IV. ALTERNATIVAS PARA A RACIONALIZAÇÃO DE PROCESSOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	367
IV.1 Introdução	367
IV.2 Supremo como exclusiva Corte Constitucional?	369
IV.2.1 Vantagens do novo sistema.....	370
IV.2.2 Desvantagens de um STF como exclusiva Corte Constitucional.....	371
IV.2.3 A experiência internacional.....	374
IV.3 Hipóteses de racionalização de processos no STF	376
IV.3.1 A solução para o <i>habeas corpus</i>	376
IV.3.1.1 Interpretação sistemática do texto constitucional.....	376
IV.3.1.2 Restrição do rol de autoridades com foro por prerrogativa de função	379
IV.3.1.2.1 Os excessos do legislador constituinte originário.....	379
IV.3.1.2.2 As justificativas para o foro especial por prerrogativa de função.....	380
IV.3.1.2.3 A necessidade de restrição do rol.....	381
IV.3.4 A solução para o mandado de injunção: o advento da Lei nº. 13.300/16 e a necessidade de ajustes da nova legislação.....	383
IV.3.4.1 A oportunidade da regulamentação	384
IV.3.4.2 As necessidades de ajuste da nova legislação	386
IV.3.4.2.1 A questão da competência	386
IV.3.4.2.2 Cabimento de medida liminar	389
IV.3.4.2.3 Mandado de injunção para omissões parciais?	390
IV.3.4.2.4 Os efeitos da decisão no mandado de injunção	392
IV.3.4.2.5 A modulação subjetiva dos efeitos da decisão.....	395
IV.3.4.2.5.1 O problema do art. 9º da Lei nº. 13.300/16.....	395
IV.3.4.2.5.2 A suposta excepcionalidade da medida.....	396
IV.3.4.2.5.3 A inconstitucionalidade da extensão de efeitos da sentença	397

IV.3.4.2.5.4 O paradoxo do controle por omissão no Brasil	398
IV.3.4.2.5.5 A necessidade de restrição da sentença às partes do processo	399
IV.3.4.2.6 A superveniência da norma regulamentadora.....	400
IV.3.4.2.7 A questão da multiplicação dos mandados de injunção.....	402
IV.3.5 A solução para a súmula vinculante, o recurso extraordinário e a reclamação	404
IV.3.5.1 A “PEC Peluso” e a alteração do trânsito em julgado	404
IV.3.5.1.1 O contexto histórico	404
IV.3.5.1.2 A ação rescisória constitucional.....	404
IV.3.5.1.3 A revolução no sistema	406
IV.3.5.1.4 As críticas à proposta	407
IV.3.5.1.5 As vantagens da nova sistemática	408
IV.3.5.1.6 Efeitos da adoção da “PEC Peluso”	411
IV.3.5.2 O substitutivo do Senador Aloysio Nunes Ferreira	412
IV.3.5.2.1 O contraponto à proposta original.....	412
IV.3.5.2.2 Os problemas da nova proposta	413
IV.3.5.2.2.1 A inconstitucionalidade da medida	413
IV.3.5.2.2.2 A ausência de efeito prático	413
IV.3.5.2.2.3 A problemática da prisão após decisão de 2º grau	414
IV.3.5.2.2.4 A busca por uma solução definitiva	417
IV.3.5.3 A importação temperada do modelo português de controle concreto	418
IV.3.5.3.1 A fiscalização da constitucionalidade em Portugal	418
IV.3.5.3.2 A problemática da salvaguarda dos “três casos concretos”	420
IV.3.5.3.3 A proposta para o caso brasileiro.....	423
IV.3.5.3.3.1 A atribuição de eficácia <i>erga omnes</i> e vinculante às decisões em controle concreto	423
IV.3.5.3.3.2 A inviabilidade do recurso à súmula vinculante e a questão do “Supremo Tribunal de Reclamações”	425
IV.3.5.3.3.3 A constitucionalidade da medida	427
IV.3.5.3.3.4 Uma verdade inconveniente	428
IV.3.5.4 A solução para a modulação de efeitos	429
IV.3.6 A alteração do quórum para reconhecimento de repercussão geral	431
IV.3.6.1 A conveniência da manutenção do mecanismo	431
IV.3.6.2 <i>Writ of certiorari</i> brasileiro?.....	431
IV.3.6.3 A inversão do quórum para reconhecimento da repercussão geral	433
IV.3.7 Vantagens da proposta apresentada.....	435
IV.4 Em conclusão.....	438
CONCLUSÕES.....	440
BIBLIOGRAFIA	456

INTRODUÇÃO

1. Apresentação do problema

Concentrado ou difuso? Concreto ou abstrato? Todo país que toma para si a tarefa de ordenar-se sob o manto de uma Constituição invariavelmente terá de debruçar-se sobre a necessidade de instituir uma sistemática de *fiscalização da constitucionalidade das leis*. Uma vez assentada a existência de uma norma fundamental, sobre a qual todas as outras serão edificadas e da qual retirarão seu fundamento de validade, parece inevitável que o legislador constituinte originário opte por um *modelo* de sindicância das normas infraconstitucionais. Do contrário, o patamar hierárquico superior do texto constitucional seria reduzido a uma condição puramente lírica, pois não haveria modo de impor sua supremacia frente às demais normas do ordenamento jurídico. Surge, assim, a chamada *justiça constitucional*.

Como se sabe, há múltiplas definições para o conceito de *justiça constitucional*¹. Para este trabalho, contudo, importa saber que a justiça constitucional encerra a atividade jurisdicional estatal responsável por fiscalizar a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a chamada “Lei Maior”: a *Constituição*. Embora essa não seja sua única função e muito menos o conceito seja pacífico², é ele que prevalece na ampla maioria da doutrina³.

No contexto do mundo ocidental, há fundamentalmente dois modelos de estruturação do controle de constitucionalidade das leis: o primeiro, alcunhado de *européu continental*⁴, fundamenta-se principalmente no sistema austríaco, no qual uma *Corte Constitucional*, estabelecida à margem do Poder Judiciário, fiscaliza a compatibilidade das leis com a Constituição, tendo a sua decisão *força obrigatória geral*; o segundo, conhecido como *anglo-saxônico*, arrima-se em especial no modelo norte-americano, segundo o qual

¹ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional – Evolução histórica e modelos de**

² Fernando Alves Correia, por exemplo, compreende a noção de justiça constitucional como “parte do direito constitucional que tem objeto o estudo do conjunto dos órgãos, processos e técnicas de fiscalização jurisdicional da observância das regras e princípios constitucionais pelos órgãos detentores do poder normativo público”, sem prejuízo do constante diálogo “com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia” e também da “jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” (CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 19-20).

³ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 15.

⁴ Deve-se registrar que a designação de “modelo europeu” encontra-se atualmente em xeque, visto que, dos vinte e sete países integrantes da União Européia, cerca de um terço deles desconhece a existência de um tribunal constitucional. Para a crítica, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 170.

todos os juízes podem efetuar uma operação de verificação de congruência das normas inferiores com o texto constitucional, cabendo à entidade máxima do Poder Judiciário – a *Suprema Corte* – o monopólio da *última palavra* sobre a matéria⁵.

Do direito comparado, extraem-se ensinamentos muito claros. O primeiro é o de que a outorga difusa de poderes de fiscalização constitucional “só adquire total autenticidade e efectividade em sistemas judicialista como os anglo-saxónicos”, uma vez que somente neles concorrem requisitos como os da “forte autoridade social dos juízes, consciência de constitucionalidade na comunidade jurídica e mecanismos de harmonização de julgados”. Por outro lado, a atribuição de controle de constitucionalidade a um único órgão coaduna-se melhor como o modelo de um “Tribunal Constitucional”, pois será dele a competência exclusiva para decidir sobre a incompatibilidade de normas com o texto constitucional. Por isso mesmo, os sistemas de controle concreto podem conviver pacificamente com diversas formas de sistemas políticos, mas a “fiscalização concentrada apenas tem sentido num sistema de divisão do poder político, do qual vem a ser uma das peças mais relevantes”⁶.

Do ponto de vista *processual*, o controle das leis inconstitucionais varia entre uma sistemática em que se *ataca* diretamente a norma impugnada (controle por via *principal* ou *direta* ou *abstrata*), fazendo de sua declaração de incompatibilidade com a Constituição o *pedido* do processo⁷, e outra, na qual a lei é contestada como *fundamento* do pedido formulado em juízo (controle por via de *exceção* ou *incidental* ou *concreta*). Ambos constituem modelos processualísticos que, se diferem na forma, equiparam-se no objetivo: *expungir* uma norma que se revela incompatível com o texto constitucional.

Não se trata, é verdade, de modelos efetivamente *excludentes*, no sentido de que a adoção de um implica necessariamente a rejeição do outro. Em muitos países, opta-se por uma *mescla* de modelos de controle de constitucionalidade, combinando elementos do modelo *européu continental* com componentes do sistema *anglo-saxónico*. É o caso, por exemplo, de Portugal, onde há um Tribunal Constitucional ao qual se pode aceder pela via *concreta* ou *abstrata*, de cujo controle podem resultar tanto decisões com

⁵ Do ponto de vista dogmático, o Conselho Constitucional francês, a rigor, não pode ser enquadrado em nenhum dos modelos-padrão, eis que não se pode caracterizá-lo nem como órgão técnico, nem tampouco como órgão propriamente político. Nesse sentido, cf. URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 30.

⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 772. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

⁷ Para a definição, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, t. 2, p. 146-147.

força obrigatória geral, como decisões com efeitos *inter partes*, a depender do tipo de processo em que a decisão foi tomada⁸.

No caso brasileiro, através das sucessivas constituições promulgadas ou outorgadas desde que o país firmou-se como nação independente, assistiu-se a uma verdadeira *transição* de modelos. Desde a Constituição de 1824 – na qual inexistia qualquer espécie de fiscalização de constitucionalidade –, passando pela Constituição republicana de 1891 – em que se instituiu um modelo praticamente idêntico ao dos Estados Unidos – até chegar finalmente à Constituição de 1988, o país viu seu modelo *concreto* de base *difusa* ceder passo a um modelo cada vez mais *abstrato*, com *concentração* de poderes no Supremo Tribunal Federal. Daí a criação da *ação genérica de inconstitucionalidade* (1965) e sua sucessora, a *ação direta de inconstitucionalidade por ação* (1988). Isso, claro, para não falar da sua correspondente omissiva, a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (1988). Assim, embora tenha recusado seguir a linha continental européia, de uma corte exclusivamente constitucional, o constituinte de 1988 criou um “*sistema misto de método difuso e método concentrado*, com clara tendência de ampliação deste último”⁹.

Evidentemente, a outorga de tamanhas competências a um único órgão judiciário, ao qual correspondia não somente conhecer das ações diretas como também dar a última palavra em matéria de interpretação constitucional nos casos individuais, não poderia alcançar outro resultado senão uma quantidade verdadeiramente descomunal de feitos sob sua jurisdição. Tal qual em Portugal, também no Brasil o sistema padece de sobre-utilização abusiva, centrando-se na discussão de “inconstitucionalidades orgânicas e formais e, todavia, altamente deficitário na protecção dos direitos fundamentais”¹⁰. Por isso mesmo, desde a promulgação da Carta de 1988, o Supremo Tribunal Federal viu-se às voltas com cada vez mais processos, a ponto de muitos doutrinadores – e seus próprios ministros¹¹ – indagaram-se acerca da viabilidade operacional da Corte.

Por essa razão, o processo de *abstratização* do controle de constitucionalidade começou a acentuar-se. Em princípio, esse processo iniciou-se por iniciativa legislativa. É nesse ambiente que têm lugar a criação da *ação declaratória de*

⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional**, cit., p. 151.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 539.

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 170.

¹¹ Já manifestaram publicamente essas dúvidas, por exemplo, os ministros Luís Roberto Barroso (<http://www.valor.com.br/politica/4668679/julgar-mais-que-500-processos-por-ano-impede-bom-trabalho-diz-barroso>) e Marco Aurélio Mello (<http://www.osconstitucionalistas.com.br/marco-aurelio-precisamos-repensar-supremo>).

constitucionalidade (1993) e a *regulamentação legal da arguição por descumprimento de preceito fundamental* (1999). Estava engendrado, portanto, o círculo perfeito do controle abstrato de constitucionalidade, através do qual seria possível sindicatar toda e qualquer norma do ordenamento jurídico por via direta, derivando daí uma decisão com efeito vinculante e eficácia *erga omnes* que a todos alcançasse.

Mesmo essas providências, contudo, revelaram-se insuficientes para resolver o problema fundamental da jurisdição constitucional brasileira, qual seja, o imenso volume de processos julgados anualmente pelo Supremo Tribunal Federal. Pensando nisso, o legislador constituinte derivado introduziu novos elementos de racionalização no sistema. Desta feita, instrumentos que possibilitassem controle mais eficaz da própria *fiscalização concreta*. É nesse contexto que surgem a *repercussão geral em recurso extraordinário* e a *súmula vinculante* (2004).

De posse desses novos mecanismos, coube ao STF dar o último passo no processo de racionalização. Desta feita, não mais através de mudanças *legislativas*, mas, sim, por intermédio de *ação jurisprudencial*. Para não se converter numa Corte incapaz de todo, o Supremo revelou-se um Tribunal capaz de tudo. De certo modo, a jurisdição constitucional brasileira transformou-se em um *laboratório de experimentações*, tendo o Supremo Tribunal Federal como artífice e os instrumentos de fiscalização normativa como apetrechos. É nesse cenário que surgem a *conferência de eficácia erga omnes às decisões do mandado de injunção*, a *prejudicialidade de ação direta face ao julgamento de norma em repercussão geral* e a *transformação do habeas corpus em instrumento de fiscalização de constitucionalidade das normas penais*. Tudo isso, claro, ladeado pela onipresente *reclamação constitucional* como instrumento de imposição coercitiva das interpretações decididas pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessa quadra, suscitam-se muitas dúvidas: há, de fato, um processo de *abstratização* do controle concreto de constitucionalidade brasileiro? Como se estruturou esse processo de *abstratização*? Quais são os elementos que permitem, hoje, afirmar a prevalência do controle abstrato sobre a fiscalização concreta? Ainda faz sentido falar em controle concreto de constitucionalidade no Brasil? A abstratização resolveu o problema da quantidade de processos julgados anualmente pelo Supremo Tribunal Federal? Se não, como resolvê-lo?

Todas essas são perguntas a demandar respostas. E são essas respostas que o presente trabalho buscará encontrar.

2. Delimitação do objeto

O objeto deste trabalho será, portanto, a abstratização dos efeitos dos instrumentos de controle concreto utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na fiscalização da constitucionalidade das leis, a saber: i) a *repercussão geral em recurso extraordinário*; ii) a *súmula vinculante*; iii) o *mandado de injunção*; e iv) a *reclamação constitucional*. Além desses, será examinado também o extravagante caso do *habeas corpus*, remédio constitucional de tutela das liberdades que acabou por transformar-se no instrumento principal de fiscalização concreta das normas infraconstitucionais de natureza penal.

Como o presente trabalho destina-se a investigar mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, torna-se inteiramente despropositado discorrer sobre as diversas *teorias da inconstitucionalidade da norma*¹². Na verdade, admitindo-se que a estruturação de um sistema de fiscalização normativa *pressupõe a aceitação de que há normas inconstitucionais*, investigar-se a sua natureza ou tentar definir qual o tipo de sanção que lhe deve ser aplicada revela-se quase um exercício de frivolidade. Por conta disso – e também porque a doutrina brasileira é praticamente uníssona a esse respeito –, adotar-se-á a posição majoritária, de acordo com a qual a lei inconstitucional é *nula*¹³.

Considerando que todos os instrumentos ora estudados são mecanismos de utilização exclusiva pelo STF, exclui-se do âmbito da investigação o controle de constitucionalidade exercido de maneira difusa por todos os demais tribunais do país. Embora na maioria dos casos os tribunais comuns apresentem-se como *ponto de partida* do processo de fiscalização normativa, somente o Supremo detém competência para julgar recursos extraordinários, editar súmulas vinculantes e conhecer reclamações constitucionais. Mesmo no caso do mandado de injunção, os feitos julgados pelos tribunais locais não implicam repercussões graves ao sistema constitucional, pois naturalmente

¹² Como adverte Calamandrei, “o provimento de inconstitucionalidade de uma lei, pela natureza de seus efeitos, pode-se distinguir em declarativo ou constitutivo, segundo que o pronunciamento de ilegitimidade opere como declaração de certeza retrativa de uma nulidade preexistente (*ex tunc*), ou bem como sua anulação ou ineficácia *ex nunc*, que vale para o futuro, mas respeito do passado a validade da lei legítima” (CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Tradução de Lucia Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3, p. 32).

¹³ Nesse sentido, cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 333-343; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 53; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 254; e BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

limitados à circunscrição do Estado-membro. Eis a razão pela qual o estudo da abstratização dos efeitos do controle concreto prescinde em absoluto do estudo dessa modalidade de atuação jurisprudencial¹⁴.

Em que pese suas inegáveis relevâncias para a atual estruturação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a Adin (por ação e por omissão), a ADC e a ADPF revelam instrumentos de *controle abstrato próprio* de normas, razão pela qual sua análise dar-se-á estritamente nos limites necessários à descrição do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. Já a Representação Interventiva, relacionada por praticamente toda a doutrina como um dos instrumentos de garantia da Constituição¹⁵, na realidade reconduz-se a instrumento de natureza *política*, da qual pode resultar intervenção em Estado-membro¹⁶, não tendo senão função marginal no estudo da fiscalização normativa¹⁷.

A análise dos problemas a envolver a abstratização dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade não exclui a possibilidade de se levantarem problemas *acessórios*, a acompanhar determinados aspectos da jurisdição constitucional brasileira, como, por exemplo, a questão do prequestionamento no recurso extraordinário, problemas para os quais serão colocadas de forma pontual críticas e posições.

3. Método

Para alcançar resultados cientificamente válidos, a escolha do método revela-se talvez como a mais decisiva para o estudioso do Direito. Trata-se, a rigor, de “um dos desafios mais importantes que se colocam à Teoria do Estado e à Teoria da

¹⁴ MONTEIRO, Arthur Maximus. **Controle de constitucionalidade das omissões legislativas**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 31.

¹⁵ Cf., por exemplo, SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 536; RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 65; AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 699-701; FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 180; e MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1139.

¹⁶ CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 129.

¹⁷ No fundo, a representação interventiva “não se insere nem no contexto de controle concentrado-abstrato, tampouco é uma forma de controle concreto de constitucionalidade” (TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 849).

Constituição”¹⁸, ainda mais em um país no qual a maior parte dos juristas parece habituada a dizer coisas definitivas sem definir muito bem as coisas.

À partida, verifica-se que muitas análises doutrinárias produzidas no Brasil deixam-se seduzir pela tentação de arquitetar um esquema constitucional “ideal”, isto é, esquecer o texto da Constituição e imaginar qual modelo de ordenamento jurídico melhor atenderia aos interesses da Nação. Para essa parcela da doutrina, a Constituição seria uma espécie de utensílio constituído de barro, pronto a ser remodelado de acordo com a conveniência do intérprete¹⁹. O problema ganha contornos ainda mais graves quando se considera que boa parte das hipóteses sugeridas tem por base um modelo constitucional específico de determinado país (Áustria, Alemanha e EUA, apenas para enumerar os mais citados), do qual é difícil extrair pontos em comum com o ordenamento brasileiro²⁰. Quando assim se procede, abandonam-se critérios exclusivamente *jurídicos* para optar-se por critérios *políticos*, formulados a partir de (pré) concepções íntimas do próprio doutrinador. Desse modo, as opções legislativas produzidas pelo constituinte deixam de ser firme limite hermenêutico e passam a ser somente um mero inconveniente retórico²¹. Para

¹⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In MENDES, Gilmar Ferreira; e MORAIS, Carlos Blanco de. **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

¹⁹ PEREIRA, Marcelo Caon. O ativismo judicial e a democracia. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. 52, n.ºs. 1 e 2, p. 305-352, 2011, p. 316.

²⁰ Não faz sentido, por exemplo, falar-se em o STF atuando como “legislador negativo” – modelo kelseniano, de jurisdição concentrada, baseado na Constituição austríaca – quando vigora no Brasil o princípio da nulidade. No modelo austríaco, fundamento do pensamento de Kelsen, vigora o princípio da anulabilidade (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 306 e ss.). Nele, a norma inconstitucional é válida até ser declarada como tal pela Corte Constitucional. Uma vez realizada a declaração de inconstitucionalidade, a norma inquinada é retirada do ordenamento jurídico, à semelhança do que ocorre no fenômeno da revogação de normas. Daí a metáfora com o “legislador negativo”, ou seja, uma nova norma para revogar a norma existente (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, cit., p. 307). Trata-se, no fundo, de criar uma nova norma, “ainda que de sinal contrário e sem beneficiar da liberdade de atuação” do verdadeiro legislador, haja vista que o legislador negativo “se encontra estritamente vinculado ao texto constitucional”(URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 72). Já no Brasil, onde vigora o princípio da nulidade – segundo admitido pela imensa maioria da doutrina – a norma inconstitucional é nula *ab initio*. A declaração de inconstitucionalidade não “retira” a norma inquinada do ordenamento, à semelhança da revogação, mas, em verdade, reconhece que ela *jamais ingressou* no ordenamento. Analisando o ordenamento português – nesse aspecto idêntico ao brasileiro – o Prof. Marcelo Rebelo de Sousa bem anota que “o tribunal não constitui a invalidade, como acontece na anulação (mesmo nos casos de anulação com efeitos retroactivos). Ele limita-se a verificar e a declarar, expressa ou implicitamente, a nulidade do acto inconstitucional, que já existia desde a sua prática”. (SOUSA, Marcelo Rebelo. **O valor jurídico do acto inconstitucional**. Lisboa: BFDUL, 1988, p. 255). Na verdade, o que o juiz constitucional faz não pode ser equiparado de modo algum ao mito do “legislador negativo”. Sua função essencialmente é de “calibração”, de manter os pilares do “edifício jurídico-normativo”, expurgando os “elementos normativos indesejáveis”, no confronto com o texto constitucional (TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37).

²¹ Como adverte Hesse, “o texto contém, acima de uma maior ou menor necessidade de interpretação, elementos firmes a respeito dos quais, apesar de interesses e pré-concepções opostos, não cabe discussão” (HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. Traduzido por Inocêncio Mártires Coelho. In HESSE,

além disso, corre-se o risco de dar-se o primeiro passo na lenta ladeira escorregadia a conduzir ao sincretismo metodológico, misturando premissas de uma hipótese com conclusões de outra, tornando as soluções propostas intelectualmente desonestas²².

No Brasil, essa tendência reflete-se no desenvolvimento de uma “cultura jurídica cuja função é reproduzir as decisões tribunalícias”²³. Como se isso não bastasse, “muitas vezes a sacralização da constituição é na realidade a sacralização da atividades dos juízes constitucionais”, pois abundam casos em que as normas constitucionais por eles aplicadas “pouco ou nenhum arrimo têm no texto confeccionado pelo legislador constituinte”²⁴.

Não por acaso, ou talvez mesmo por causa disso, a doutrina brasileira tem sofrido um processo acentuado de descrédito por parte da jurisprudência, a ponto de ter proclamada sua absoluta irrelevância por certo ministro do Superior de Tribunal de Justiça, pois “para fundamentar seus votos bastar-lhe-iam o notório saber jurídico e a investidura constitucional”²⁵. Mesmo ministros que forjaram sua carreira na academia chegaram ao cúmulo de dizer que não haveria uma “Constituição de 1988”, senão a “Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte”²⁶.

Tudo isso ocorre porque, quando se recorre a uma “pluralidade diversiforme e desordenada de vias, técnicas e métodos, colocados à escolha do intérprete”, parece incontornável que a pesquisa termine por precipitar-se numa variedade de “casuismo interpretativo que destrói a certeza jurídica e a força geral das normas”, pois essa miscelânea “equivale à própria ausência de ciência e método”²⁷. Não é outra a razão

Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 162). Por isso, “declarar vinculante a prática política e, com isso, de fato, a concepção que dispõe de força para impor-se, recusando submeter-se ao texto da Constituição, não significa senão sacrificar uma necessidade vital indiscutível do Estado constitucional – a função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder que a Constituição assume”(Op. Cit., Loc. Cit.).

²² (RODRIGUES JR., Otavio. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou Da vocação da doutrina em nosso tempo). **Revista dos Tribunais**. v. 99, n. 891, p. 65-106, São Paulo: RT, janeiro/2010, p. 83). Há, no entanto, quem defenda o sincretismo metodológico como algo “inevitável” e até mesmo “desejável” (BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXXXI, p. 233-290. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 234 *infra*).

²³ STRECK, Lênio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. nº. LI. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, v. 1., p. 256.

²⁴ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 10

²⁵ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Op. Cit., p. 67.

²⁶ Cf. voto do ministro Eros Grau na Adin nº. 3.367/DF.

²⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, t. 2, p. 620.

pela qual o Supremo tornou-se caudatário de uma jurisprudência verdadeiramente mutante, tão volúvel quanto uma ária de Verdi.

Nessa toada, a doutrina brasileira contenta-se com as “migalhas significativas” ou os “restos dos sentidos previamente produzidos pelos tribunais”²⁸. Por isso mesmo, assiste-se cada vez mais ao processo de divórcio entre tribunais e doutrinadores, com o “uso de conceitos jurídicos indeterminados” a servir de “biombo para a atitude pretoriana de se evadir do debate com a doutrina (*Wissenschaft*)”²⁹.

Se esse caminho mostra-se mais fácil, afasta o doutrinador, contudo, do *teste da realidade*. Afinal, “uma constituição que mude ao sabor de ponderações e de interpretações pode ser tudo que se queira, menos uma Constituição”³⁰. À medida que as hipóteses são formuladas dentro de um ordenamento “ideal”, que só existe em sua cabeça, não há como confrontá-las com os limites do texto constitucional existente. A construção doutrinária abandona, assim, o campo da *ciência* e reduz-se à pura *especulação*. Com isso, o leitor perde a capacidade *contra-argumentativa*, fazendo com que o modelo sugerido torne-se aparentemente isento de problemas³¹. Talvez essa seja a razão pela qual tantos doutrinadores deixam-se seduzir por este canto de sereia.

Para escapar do encanto da saída fácil do sincretismo metodológico, o primeiro passo é seguir um método seguro e cientificamente atestado na doutrina jurídica. Nesse quesito, o método dogmático-jurídico não encontra rival à altura³². De fato, é a “*dogmática jurídica*”³³ que garante, a um só tempo, o respeito do intérprete pela opção do constituinte e do legislador democraticamente legitimados e o limite à “fuga normativa” como meio de elaborar hipóteses respaldadas unicamente no imaginário do autor³⁴.

A despeito do uso intensivo de números, em especial no que toca ao volume de processos julgados ano a ano no Supremo Tribunal Federal, não tem o presente

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas**, cit., p. 256.

²⁹ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Op. Cit., p. 67.

³⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. O fenômeno da supranacionalidade e das mutações genéticas da natureza do Estado e da Constituição. In MORAIS, Carlos Blanco de; e MENDES, Gilmar Ferreira. **III Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional**. Brasília; IDP, 2015, p. 170.

³¹ Como advertiu certa feita Guilherme Braga da Cruz, “as cousas chegaram a tal ponto, que menos se conhece e estuda nosso direito pelas leis, que o constituem, do que pelos praxistas que o invadiram” (CRUZ, Guilherme Braga da. **Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro**. Separata da Revista Scientia Iuridica, IV, São Paulo, 1954, p. 31).

³² (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 220-222). Segundo Bobbio, é através do chamado “formalismo científico” que a “ciência jurídica” pode ser concebida como “uma ciência *construtiva e dedutiva*” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**, cit., p. 220).

³³ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**, cit., p. 220.

³⁴ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 34-35.

trabalho o propósito de realizar qualquer espécie de *análise estatística*³⁵. Com efeito, os números a que se faz referência revelam-se unicamente como um *dado da realidade*. É duvidoso, aliás, que seja possível fazer algum tipo de *inferência estatística*³⁶ numa ciência marcada de maneira tão acentuada pela *imprevisibilidade*, visto que o elemento humano desenvolve papel preponderante no mundo do Direito. Eis a razão pela qual o *método estatístico* pode ceder lugar ao *método dogmático-jurídico* sem grandes prejuízos para o objetivo da investigação.

Dito isto, recorrer-se-á, precipuamente, aos textos da Constituição Federal de 1988 e das leis disciplinadoras dos tipos processuais a serem analisados. Embora o paradigma normativo adotado seja o vigente à época de sua elaboração, não se furtará o presente trabalho à análise histórica para entender a evolução do modelo de controle de constitucionalidade no Brasil e mesmo das posições adotadas pela Suprema Corte brasileira nos mais diversos instrumentos de fiscalização normativa, de modo a compreender as idas e vindas do STF nesse particular.

Tratando-se de matéria afeta a controle de constitucionalidade, o recurso à jurisprudência apresenta-se incontornável, haja vista que o objeto deste trabalho relaciona-se aos instrumentos processuais constitucionais utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para fiscalizar concretamente a compatibilidade de normas com o texto constitucional. Na verdade, não seria exagero dizer que, dado que a investigação centra-se na análise das decisões tomadas pelo STF nessa matéria, há certa *preponderância da jurisprudência* como recurso de pesquisa, circunstância até natural, dado que a doutrina brasileira apresenta o estranho hábito de apenas escoltar aquilo que o Supremo já decidiu.

Pela própria delimitação da matéria, não se recorrerá ao direito comparado, não tendo o presente trabalho qualquer pretensão de elaborar uma grelha comparativa dos instrumentos e dos modos de fiscalização normativa com quaisquer outros ordenamentos. De fato, tal é a singularidade do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que não seria de todo absurdo imaginar que qualquer iniciativa nesse sentido não estaria à partida destinada ao fracasso. Isso, contudo, não exclui o recurso à doutrina alienígena, especialmente a lusitana, dado que a Constituição da República Portuguesa de 1976 apresenta-se como principal fonte de inspiração da Constituição Federal de 1988, de modo a entenderem-se alguns conceitos similares.

³⁵ Para a definição do método estatístico, cf. SPIEGEL, Murray R. **Estatística**. 3ª Ed. São Paulo: Makron Books, 1994, p. 13 e ss.

³⁶ Para a definição de inferência, cf. FONSECA, Jairo Simon da; MARTINS, Gilberto de Andrade. **Curso de Estatística**. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 166.

4. Percurso discursivo

Uma vez definido o método, pode-se passar à *estratégia de ataque* ao problema. Para tanto, é necessário delinear o *percurso discursivo*, a fim de conferir à investigação a necessária lógica e coerência na abordagem da matéria.

Para tanto, faz-se necessário, antes de analisar propriamente os mecanismos de abstratização do controle concreto, realizar um breve apanhado da evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, de modo a compreender como o país passou de um sistema de fiscalização fundamentalmente concreto de base difusa para um modelo no qual prepondera o controle abstrato, com concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal. Trata-se, no fundo, de imposição científica a bem da *propedêutica*, de maneira a poder determinar o *estado da arte* do controle de constitucionalidade no Brasil.

Feito isto, serão identificados os instrumentos de controle concreto de constitucionalidade de competência do STF. A análise desses instrumentos revela-se como passo fundamental para compreender se, efetivamente, houve uma *abstratização* dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade. Para esse propósito, alguma descrição será necessária, até mesmo para familiarizar o leitor lusitano com o intricado mundo da processualística constitucional brasileira. Em razão disso, aqui o trabalho centrará grande parte de suas atenção, com o objetivo de demonstrar qual ou quais instrumentos passaram por um processo de abstratização, definindo onde e em que circunstância tal abstratização teve lugar, adiantando, sempre que assim se mostrar oportuno, algumas das críticas que serão pormenorizadas no capítulo seguinte.

Uma vez determinado o *estado atual do controle concreto de constitucionalidade brasileiro*, será elaborada uma abordagem crítica do processo de abstratização de efeitos pelo qual ele passou, de modo a identificar eventuais incongruências do sistema, assim como apontar as fricções de determinados posicionamentos do Supremo com cláusulas sensíveis da Constituição, como a separação de poderes. Tal abordagem será fundamental para analisar, no capítulo seguinte, as possíveis soluções para o problema da colossal quantidade de processos julgadas anualmente pelo STF.

Os conceitos e críticas serão extraídos, principalmente, das normas existentes e da doutrina que cuida do tema. Quando houver divergência sobre conceitos,

expor-se-á as posições conflitantes, explicando-se onde e em que aspecto dá-se o conflito, para, então, adotar-se uma posição. Quando os conceitos forem pacíficos, não se ocupará o presente trabalho de discorrer inutilmente sobre o tema: explicar-se-á o conceito e indicar-se-á uma obra de referência sobre a questão.

Para os problemas analisados neste trabalho serão formuladas, sempre que possível, hipóteses. Quando a hipótese derivar de prévia posição doutrinária ou jurisprudencial, citar-se-á a sua origem em seus exatos termos. Quando derivar de juízo próprio do autor, serão citados os suportes legais, doutrinários e/ou jurisprudenciais que eventualmente autorizem tal conclusão.

I – EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

I.1 Constituição de 1824

Como nação, o Brasil descobre-se em 7 de setembro de 1822. Seja a independência resultante de um conluio da família de Orleans e Bragança, a envolver o então príncipe regente, Pedro, e seu pai, D. João VI; seja a independência consequência de um natural processo de afirmação política da burguesia colonial³⁷, o fato é que, antes disso, não faz sentido falar em “Estado Nacional Brasileiro”. Afinal, não havia soberania, dada a condição colonial do maior território da América do Sul.

Uma vez decretada a independência e reconhecido o novo Estado perante as demais nações do mundo, o primeiro passo seria a instauração de um ordenamento jurídico próprio. Esse Estado deveria ser fundado, como ensinaram a Independência Norte-Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789), numa constituição nacional, a regular o funcionamento das instituições e a delimitar, tal qual já o fizera a *Magna Carta* (1215), as relações entre os soberanos e os súditos. Nascia, então, o *Império do Brasil*.

Curiosamente, o processo constituinte brasileiro teve lugar antes mesmo da decretação da independência. Talvez movido pela certeza de que a ascensão política da burguesia local findaria por impor-lhe algo do gênero, o então príncipe regente atendeu aos conselhos de José Bonifácio de Andrada e Silva e convocou o Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias, a 16 de fevereiro de 1822, já três meses antes de consumada a independência. Premido pelas circunstâncias, o Conselho apontou o único caminho a seguir: reunir os representantes das províncias, outorgando-lhe poderes para instaurar uma nova ordem jurídica nacional. Foi assim que nasceu a primeira *Assembléia Constituinte* brasileira³⁸.

Posto ter sido oficialmente convocada ainda a 3 de junho de 1822, a Assembléia Constituinte não foi instalada senão no ano seguinte, a 3 de maio de 1823. Na solenidade de abertura, o “Imperador Constitucional” dirigiu-se aos “dignos representantes da nação brasileira”, para afirmar que, na condição de “defensor perpétuo deste Império”, não hesitaria em manejar sua espada para defender “a pátria, a nação, e a constituição, *se*

³⁷ Nesse aspecto, convém destacar que o processo de independência brasileiro destoou da regra latino-americana, segundo a qual o surgimento de estados nacionais davam-se sob os gritos de revolução, sustentada quase sempre em armas. O Brasil, ao contrário, adquiriu sua independência “praticamente sob forma pacífica”, revelando sua propensão para um “menor dramatismo das rupturas políticas” (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, cit., p. 215).

³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 155.

fosse digna do Brasil e de mim”³⁹. Era o prenúncio de uma assembléia constituinte destinada ao fracasso.

E foi exatamente isso que aconteceu. Seis meses depois, verificando a proeminência de José Bonifácio sobre seus pares e a perspectiva de ter uma ordem constitucional semelhante à britânica, na qual o Poder Legislativo preponderaria sobre o Poder Executivo, D. Pedro I extinguiu a Assembléia Constituinte⁴⁰. Com a força das baionetas, encerrou os seus trabalhos, demitiu seu outrora fiel conselheiro e mandou deportar seus opositores. O episódio entraria para os compêndios de História como *A Noite da Agonia*.

Livre das amarras de um processo constituinte que era apenas parcialmente democrático, D. Pedro I convocou dez assessores de sua irrestrita confiança para escrever uma nova carta, “digna” de Sua Majestade. Os convocados, todos eles juristas de renome e brasileiros natos, não tardaram em entender a tarefa da qual haviam sido incumbidos. A 25 de março de 1824, o Imperador do Brasil outorgaria, “em nome da Santíssima Trindade”, a primeira carta constitucional do país: a *Constituição da Mandioca*⁴¹.

Em que pese os inegáveis avanços no âmbito direitos individuais⁴², nomeadamente no que toca à liberdade religiosa e à garantia do devido processo legal, a Carta de 1824 continha um esdrúxulo mecanismo de separação de poderes. Ao lado dos três poderes ordinariamente previstos (Executivo, Legislativo e Judiciário), havia mais um: o *Poder Moderador*⁴³. Exclusivo do monarca, o Poder Moderador era instituído para que o Imperador “incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e

³⁹ Fala do Trono – Assembléia Constituinte de 1823.

Disponível em https://frags.wiki/index.php?title=Assembleia_Constituinte_de_1823/Fala_do_Trono_-_3_de_Maio_de_1823. Acesso em 23 set. 2015. Grifo nosso.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. Direito constitucional: sua situação ordenamento jurídico nacional atual. In AA.VV. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho** – Stvdia Ivridica 106. v. 6 Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 293.

⁴¹ A alcunha pejorativa à Carta de 1824 deita raízes numa de suas principais características: a instituição do voto censitário. A rigor, o epíteto é injusto, pois a disposição relativa à restrição ao voto estava contida no anteprojeto da Assembléia Constituinte de 1823. Segundo ele, não poderiam votar aqueles que não dispusessem de “renda mínima de 150 alqueires de plantação de mandioca”. No texto efetivamente outorgado, a disposição foi alterada para unidades monetárias: não poderiam votar aqueles que “não tiverem de renda líquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego” (Cf. art. 94, inc. I, Constituição de 1824).

⁴² Para o registro dos avanços, cf. FONSECA, Domingos Thadeu Ribeiro da. **A garantia da liberdade individual no direito brasileiro: habeas corpus, enquadramento histórico e realidade hodierna**. Lisboa: BFDUL, 2011, p. 107.

⁴³ Cf. art. 10, Constituição de 1824. Sobre o tema, cf. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., p. 217.

harmonia dos demais Poderes Políticos”⁴⁴. Cabia ao seu detentor, entre outros poderes, nomear os senadores, suspender os magistrados e, no limite, dissolver a Câmara dos Deputados, “convocando imediatamente outra, que a substitua”⁴⁵. Dessa forma, embora formalmente organizado sob a estrutura de uma monarquia constitucional, o país vivia sob autêntico regime absolutista⁴⁶.

A despeito da existência de uma ordem constitucional posta e vigente, o Brasil desconhecia o conceito de “controle de constitucionalidade”⁴⁷. Àquela altura, a idéia mesma de “controle de constitucionalidade” ainda era imberbe. Nada a estranhar-se, pois havia apenas duas décadas que o *Judge Marshall* brindara o mundo com sua teoria da supremacia da norma constitucional, no célebre caso *Marbury vs. Madison*⁴⁸. Prevalecia na recém-independente nação a concepção revolucionária francesa, segundo a qual os atos do Poder Legislativo situavam-se à margem do controle do Poder Judiciário, uma vez que as leis por ele adotadas representavam a mais genuína representação da vontade popular.

Na verdade, a Constituição de 1824, em face de sua “reduzidíssima eficácia operacional”, refutava qualquer modelo de controle de constitucionalidade⁴⁹. A rigor, não seria inteiramente desarrazoado afirmar que somente na República, após o

⁴⁴ Cf. art. 98, Constituição de 1824.

⁴⁵ Cf. art. 101, Constituição de 1824.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional: sua situação ordenamento jurídico nacional atual**, cit., p. 293. No mesmo sentido, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 157.

⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 557.

⁴⁸ (CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 422). Para resumo do caso, cf. FARNSWORTH, E. Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. 4th. Ed. New York: Oxford University Press, 2010, p. 8. Deve-se destacar, no entanto, que, antes mesmo de *Marbury vs. Madison*, houve casos de autênticos controles de constitucionalidade elaborados por Estados que viriam a compor os Estados Unidos, no interregno entre a declaração da independência (1776) e a promulgação da Constituição (1787). Havia, então, um controle de constitucionalidade realizado pelos estados federados antes mesmo de existir um Estado Federal, por assim dizer. São exemplo disso os casos *Holmes vs. Walton*, de 1780, julgado pela Suprema Corte de Nova Jérsei, e o de *Commonwealth vs. Caton*, decidido pela Suprema Corte da Virgínia. Para a lembrança, cf. URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 55-56.

⁴⁹ Na verdade, “só em meados do século XX as constituições logram o reconhecimento pleno do seu valor jurídico e, mais importante, da sua primazia na ordem jurídica”. Antes disso, os textos constitucionais eram encarados sobretudo “como documentos de conteúdo político (ou político e sociológico/filosófico), que continham as regras básicas sobre as organização do poder político” (URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 66). Por isso mesmo, não foi senão no século XX que “tanto a relevância jurídica atribuída à Constituição quanto as formas e modalidades institucionais de sua garantia” efetivamente vieram a ganhar corpo (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 147).

advento da Constituição de 1891⁵⁰, passou-se a um efetivo modelo de controle de constitucionalidade, estruturado ao redor da idéia de supremacia do texto constitucional⁵¹.

I.2 Constituição de 1891

Movido a golpes militares, o Brasil caminhava. O decadente ambiente imperial, cercado por crises de todos os lados (vide as questões econômica, militar e religiosa)⁵², constituía prólogo da revolução que estava por vir. Na manhã do dia 15 de novembro de 1889, o Marechal Deodoro da Fonseca, amigo de D. Pedro II e monarquista de primeira hora, mudou de lado, convencido por republicanistas interessados em alterar o regime. Aquilo que nasceu como uma simples quartelada destinada a mudar o Conselho de Ministros terminou com o Imperador deposto e uma República instaurada no país⁵³.

Prócer do novo regime, Rui Barbosa associou-se ao futuro presidente Prudente de Moraes para elaborar o anteprojeto da primeira constituição republicana do Brasil⁵⁴. Inspirada no modelo federalista norte-americano, a Carta de 1891 conferia grande autonomia às antigas províncias (agora denominadas *Estados*) e aos municípios que as compunham. Expressão típica de seu contexto histórico, a Carta de 1891 trazia consigo a marca indefectível do liberalismo político, cuja finalidade não era outra senão a de neutralizar o poder individual dos governantes, a partir da configuração de instituições fortes. Daí a incontornável extinção do Poder Moderador, consagrando-se o modelo tripartite idealizado por Montesquieu⁵⁵.

Visando a extirpar qualquer lembrança do antigo regime, o constituinte de 1891 extinguiu ordenações honoríficas, títulos nobiliárquicos e, claro, os foros de nobreza. A regra, destarte, seria a da igualdade perante a lei, axioma fundamental do liberalismo⁵⁶. Fora isso, oficializou-se a separação entre Igreja e Estado, instituindo-se o casamento civil, além de instituir-se a mais elementar das garantias constitucionais que

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os princípios do processo constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. XLIX. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 330.

⁵¹ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 64.

⁵² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., p. 218. Cf. também FONSECA, Domingos Thadeu Ribeiro da. Op. Cit., p. 147-148.

⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 164.

⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 66.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 250.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 251.

podem ser outorgadas por um ordenamento constitucional aos indivíduos: o *habeas corpus*⁵⁷.

1.2.1 Controle de constitucionalidade na Constituição de 1891

Na parte que propriamente interessa ao presente trabalho, foi a Constituição de 1891 que inaugurou no país o sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis⁵⁸. À semelhança do modelo norte-americano, estabeleceu-se a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, em grau de recurso, as decisões das justiças estaduais “quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição”⁵⁹.

Nesse particular, pode-se dizer que houve certo retrocesso em relação ao que dispunha a normatização anterior. Entre a Constituição Provisória e a Constituição de 1891, sobreviera o Decreto nº. 848, de 11 de outubro de 1890, a organizar a justiça federal. Tal decreto atribuía ao STF, expressamente, a competência para julgar recursos “quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou de cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão”⁶⁰. Agora, pelo menos à primeira vista, a interpretação da própria Constituição havia sido posta de lado. O juízo de inconstitucionalidade passaria a ser quase literal, porquanto jungido à mera incompatibilidade semântica entre a norma infraconstitucional e o texto constitucional⁶¹.

Todavia, ainda assim a constituição republicana representou avanço nessa matéria. Firmava-se com ela um sistema de controle de constitucionalidade

⁵⁷ É importante ressaltar, no entanto, que o desenvolvimento da doutrina do *habeas corpus* no Brasil só veio a ocorrer anos mais tarde, pela via jurisprudencial, com arrimo especial na atuação advocatícia de Rui Barbosa (FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 322; cf. também FONSECA, Domingos Thadeu Ribeiro da. Op. Cit., p. 153 e ss). Deve-se registrar, contudo, que parte da doutrina defendia a possibilidade de emprego do *habeas corpus* no regime constitucional de 1824. Todavia, é certo que a Constituição Imperial não continha nenhuma previsão explícita a respeito (CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit., p. 151).

⁵⁸ Na verdade, o controle de constitucionalidade já havia sido admitido com regra a partir da Constituição Provisória de 1890. Outorgada pelo Decreto nº. 510, de 22 de junho de 1890, o texto constitucional provisório atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência recursal para analisar a validade de “leis ou actos dos governos dos Estados em face à Constituição”. (cf. art. 58, §1º, alínea ‘b’). Nesse sentido, cf. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., 768.

⁵⁹ Cf. art. 59, §1º, alínea ‘b’, da Constituição de 1891.

⁶⁰ Cf. art. 11, parágrafo único, alínea ‘c’, do Decreto nº. 848, de 11 de outubro de 1890.

⁶¹ Talvez por isso mesmo, Jorge Reis Novais assente que, pese a inspiração do modelo norte-americano, “não foi perfeitamente inequívoca” a consagração do mecanismo de controle de constitucionalidade instituído na Carta de 1891. Daí se sobressair o “labor doutrinário de Ruy Barbosa” para superar as resistências iniciais à novidade (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 152, *infra*).

marcadamente *concreto*⁶², de base *difusa*⁶³. Tal qual os juízes estadunidenses, os magistrados brasileiros estavam agora autorizados a desaplicar as normas legais, sempre que estas contrariassem a Constituição⁶⁴.

Enfim, o Brasil podia afirmar que dispunha de um sistema estruturado de controle de constitucionalidade⁶⁵. Trata-se de providência indispensável para certificar o texto constitucional como ápice do ordenamento jurídico. Ausente a possibilidade de fiscalização da compatibilidade das normas com o texto constitucional, há de concluir-se que, nesses casos, a supremacia da Constituição reconduz-se a um preceito de “ordem moral, ou cultural, não de ordem jurídica”⁶⁶.

A novidade não passou despercebida à comunidade jurídica e também à classe política. Tendo passado quase um século sem que se pensasse em contestar a validade das leis aprovadas pelo Parlamento, a ninguém ocorreu que o Poder Judiciário, desprovido de legitimidade popular, pudesse agora, por assim dizer, decidir que leis a população deveria seguir⁶⁷.

Coube a Rui Barbosa vencer as resistências jurídico-políticas ao novo instituto. Segundo ele, “não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis”⁶⁸. Na verdade, “apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela”. Isso porque se reconhece “a todos os tribunais, federais, ou locais” a competência para “discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério”⁶⁹. Sem embargo, isso “é o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós é muda a este propósito”⁷⁰. Nessa linha, o desenvolvimento do controle de constitucionalidade não deixa de colocar o Judiciário no papel de *sancionador* da vontade geral expressa na lei aprovada pelo Parlamento⁷¹.

⁶² MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 45.

⁶³ No sistema difuso, defere-se a “todo e qualquer juiz o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não-aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 46-47).

⁶⁴ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 65.

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., 768.

⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O paradoxo da justiça constitucional. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. LI, n.1, p. 17-24. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 19.

⁶⁷ Para as referências à resistência, cf. SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. Disponível em http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136. Acesso em 24 set. 2015, p. 5

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet, Op. Cit., p. 1195.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet, Op. Cit., p. 1195.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet, Op. Cit., p. 1195.

⁷¹ BEČAK, Rubens. Op. Cit., p. 332.

Desse modo, o sistema de fiscalização de constitucionalidade no Brasil estruturou-se de modo a englobar um controle: *repressivo*, no que se refere ao momento de sua aplicação; de base *difusa*, em relação à sua competência; de natureza *declaratória*, quanto à modalidade de sanção aplicada (nulidade); e *inter partes*, no que toca aos limites subjetivos da decisão⁷².

I.2.2 A fiscalização concreta sem *stare decisis*

O problema, no entanto, residia na forma com a qual foi desenhado o sistema recursal brasileiro. No modelo proposto pela Carta de 1891, ao Supremo Tribunal Federal competiria julgar em grau de recurso *toda e qualquer* decisão da qual resultasse desaplicação de norma legal com fundamento em sua incompatibilidade com o texto constitucional. Ao contrário da Suprema Corte dos Estados Unidos, que escolhia a nível discricionário os casos submetidos a seu escrutínio, à instância máxima do Poder Judiciário brasileiro não correspondia idêntico poder. Aliás, propunha-se o exato oposto, pois o STF não poderia – sob pena de subverter a competência que lhe ora outorgada constitucionalmente – deixar de julgar casos em que normas legais houvessem sido declaradas inconstitucionais. Afinal, não havia limitação em sede constitucional ao acesso à Suprema Corte brasileira.

Não bastasse a inexistência de um filtro de acesso à jurisdição constitucional do STF, o sistema brasileiro ainda padecia de uma omissão inescusável. Contrariamente ao que previa seu modelo inspirador, não se pensou para o Supremo Tribunal Federal a criação de um mecanismo semelhante ao *stare decisis*⁷³.

Como se sabe, “a regra do precedente (ou *stare decisis*) vigente no sistema norte-americano se explica pelo adágio *stare decisis et non quieta movere*, que quer dizer continuar *com as coisas decididas e não mover as coisas quietas*”. Ao contrário do que defende ampla parte da doutrina constitucionalista brasileira, que confunde o significado da expressão com o alcance do precedente estipulado pela Suprema Corte, em verdade “o precedente possui uma *holding*, que irradia efeito vinculante para todo o

⁷² RAMOS, Elival da Silva. *A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, cit., p. 65.

⁷³ A Europa, por exemplo, escapou dessa armadilha ao renegar a importação acrítica da doutrina do *judicial review*. Como qualquer um poderia imaginar, em países de tradição romanista, a possibilidade de desaplicação de leis a partir de sua incompatibilidade com a Constituição ampliaria de maneira desmesurada a insegurança jurídica, pois haveria inúmeros casos em que juízes se recusariam a aplicar uma lei em vigor, “enquanto outros as aplicariam em situações análogas” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 151).

sistema”. Tal determinação não repousa no texto constitucional, mas, sim, no costume jurisprudencial norte-americano. De fato, a vinculação só se manifesta se a matéria for similar à outrora apreciada. Não há, sem embargo de parecer contraditório, aplicação automática do *precedente*. A rigor, “não cabe ao *leading case* determinar sua aplicação aos casos futuros, mas sim os casos futuros é que vão estabelecer qual a medida de relevância do caso que gerou o precedente”. Isso significa, portanto, que “os precedentes são ‘feitos’ para decidir casos passados; sua aplicação em casos futuros é incidental”⁷⁴.

Vivia-se, pois, o pior dos dois mundos. Nem havia uma jurisdição concentrada, apta a resolver conflitos objetivos com força obrigatória geral, nem havia um sistema de precedente, típico dos sistemas de *common law*, apto a conferir efeito semelhante a decisões proferidas em casos concretos⁷⁵. O Brasil, portanto, tornara-se “caudatário de um sistema de controle jurisdicional difuso que funcionava somente *inter partes*”⁷⁶.

Com isso, além de não dispor de meios para restringir quais casos seriam submetidos à sua análise (controle qualitativo), tampouco o STF dispunha de instrumento através do qual se impediria a subida de recursos relativos a casos idênticos (controle quantitativo). Dessa forma, nossa Corte Constitucional estava virtualmente obrigada a conhecer todo e qualquer no qual se contestasse a validade de normas frente a Constituição, ainda que a matéria já houvesse sido decidida anteriormente. O resultado, por óbvio, não poderia ser outro: uma avalanche de processos desmoronando sobre o STF, que pouco ou nada podia fazer para defender-se.

I.2.3 Revisão constitucional de 1926

⁷⁴ (CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. p. 1426. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento dos referidos doutrinadores). Na verdade, como resume André Ramos Tavares, “o chamado precedente (*stare decisis*) utilizado no modelo justicialista é o *caso* já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídicos são *induzidos* a partir a decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do caso concreto apresentado. O precedente haverá de ser seguido nas posteriores decisões, como paradigma” (TAVARES, André Ramos. O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Vol. XLVII. Lisboa: Coimbra Editora, 2006, p. 334).

⁷⁵ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 53-54.

⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição Brasileira. In SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 253.

Por um quarto de século, o panorama permaneceu inalterado. Contudo, em 1926, estabeleceu-se uma revisão constitucional, destinada a adaptar o ordenamento constitucional ao modelo político do “café-com-leite”⁷⁷, em contraposição à chamada “República da Espada”⁷⁸, que se impusera após o golpe republicano.

Ao contrário da sistemática concebida pelo constituinte de 1891, a reforma constitucional de 1926 cassou autonomia e prerrogativas das entidades federadas, operando grande concentração de poder⁷⁹. O regime de centralização foi tão brutal que o então jurista e futuro ministro do STF, Oswaldo Trigueiro, denunciou-a sem circunlóquios. O propósito não era importar para o país o modelo de “federalismo dos Estados Unidos ou da Suíça – em que a autonomia jamais foi objeto de contestação”, mas, sim, reproduzir “o federalismo do México ou da Argentina”, países nos quais a “frequente, e tantas vezes abusiva, intervenção do poder federal na vida dos Estados repudia na prática o regime federativo modelado nos textos legais”⁸⁰.

No que toca ao controle de constitucionalidade, a reforma constitucional nada ofereceu de novo. Verdadeiramente, até piorou-o um pouco, na medida em que estabeleceu nova competência para o Supremo Tribunal Federal. Além da validade das leis locais e federais face à Constituição, caberia agora recurso ao STF “quando dous ou mais tribunaes locais interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser tambem interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica”⁸¹. Se antes o Supremo via-se às voltas com o controle de constitucionalidade das leis, caber-lhe-ia agora também a incumbência de *harmonizar* a jurisprudência dos diversos tribunais do país.

I.3 Constituição de 1934

⁷⁷ A dita “política do café-com-leite” dizia respeito ao arranjo político entre os dois estados mais proeminentes do país: São Paulo (imenso produtor de café) e Minas Gerais (grande produtor de gado). Pelo acordo estipulado, suas lideranças revezavam-se na Presidência da República, alternância que durou mais de 30 anos, só sendo rompida com a eleição de Júlio Prestes, ocasionando a Revolução de 30. Nesse sentido, cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. Op. Cit., p. 256.

⁷⁸ Deu-se o nome de “República da Espada” ao curto período pós-monárquico no qual o Brasil foi governado por marechais (Deodoro da Fonseca) egressos do Exército. O período se encerra em 1894, com a eleição de Prudente de Moraes.

⁷⁹ Para a crítica à Reforma Constitucional de 1926, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 170.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 257.

⁸¹ Cf. art. 60, §1º, alínea ‘c’, Constituição de 1891, com redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926.

Desfeito o pacto sintetizado pela expressão “café-com-leite”, o Brasil iniciou seu caminho rumo à ditadura. Deposto o presidente constitucional (Washington Luís) e impedida a posse de seu substituto eleito (Júlio Prestes), assumiu o governo provisório Getúlio Vargas⁸². Ele, que perdera nas urnas para Júlio Prestes, recorreu às armas para assumir o cargo, “armas que, afinal, lhe deram razão”⁸³. Figura proeminente do chamado “tenentismo”, Getúlio daria os primeiros passos na direção de um modo de exercer o poder que marcaria para sempre a história política brasileira: o *populismo*⁸⁴.

Assentado nas mesmas baionetas que defenestraram o Imperador e declararam a República, Vargas governaria com mão de ferro por dois anos, até a eclosão da Revolução Constitucionalista de 1932⁸⁵. Sediada em São Paulo, a revolução pedia o retorno da normalidade institucional, violada pelo golpe militar que destronara o presidente eleito e colocara no comando da Nação um sujeito ao qual as urnas haviam negado o posto máximo do país⁸⁶.

Nada obstante o fracasso militar, a Revolução Constitucionalista de 32 alcançou grande vitória moral. Constrangido pela conjuntura, Getúlio viu-se obrigado a convocar eleições legislativas para o ano seguinte. Em novembro de 1933, instalava-se pela terceira vez em menos de um século uma *Assembléia Nacional Constituinte no Brasil*⁸⁷.

Por qualquer ângulo que se observe, a Constituição de 1934 foi um avanço. Ao contrário do que pretendia Vargas, não se produziu uma carta centralizadora, fundada em um Poder Executivo forte. Em verdade, produziu-se o exato oposto: volveu-se à ampla autonomia dos estados-membros, com a diminuição – ao menos do ponto de vista jurídico – da influência da União nas unidades federadas.

Além da descentralização político-administrativa, a Carta de 1934 estabeleceu uma série de direitos que passariam a ser regra no nosso ordenamento constitucional, como a garantia do voto secreto e o direito de sufrágio às mulheres⁸⁸. Fora isso, inspirada na Constituição de Weimar, o constituinte de 1934 outorgou à população

⁸² FONSECA, Domingos Thadeu Ribeiro da. **A garantia da liberdade individual no direito brasileiro: *habeas corpus*, enquadramento histórico e realidade hodierna**. Lisboa: BFDUL, 2011, p. 165.

⁸³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 172.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional: sua situação ordenamento jurídico nacional atual**, cit., p. 295.

⁸⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 173.

⁸⁶ FONSECA, Domingos Thadeu Ribeiro da. Op. Cit., p. 173.

⁸⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., p. 221.

⁸⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 172.

vários direitos sociais relativos ao trabalho, tais como: férias remuneradas, proibição de trabalho infantil, isonomia salarial entre empregados, etc.⁸⁹

Em relação ao controle de constitucionalidade, à primeira vista, a Constituição de 1934 manteve intocado o paradigma concretista estadunidense. Todavia, foi a partir dela que o constituinte passou a insinuar-se em direção às experiências parlamentaristas de inspiração européia continental⁹⁰.

Em primeiro lugar, criou-se a garantia do mandado de segurança. Inspirado no *writ of mandamus* do direito norte-americano, o novo remédio constitucional teria por objetivo tutelar todas as situações que escapassem do controle pela via do *habeas corpus*⁹¹. Em segundo lugar, instituiu-se um processo judicialiforme através do qual a União poderia intervir em estados-membros em casos excepcionais, a fim de garantir a manutenção da ordem constitucional⁹². Por último, e mais importante, criou-se uma via processual específica para conhecimento de questões constitucionais pela agora denominada “Corte Suprema”: o *recurso extraordinário*⁹³.

I.3.1 O recurso extraordinário na Constituição de 1934

Previsto no inciso III, do número 2, do artigo 76 da Constituição de 1934, ao recurso extraordinário competiria sindicar as causas decididas em última ou única instância: i) “quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado”; ii) “quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada”; iii) “quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada”; e iv) “quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal”.

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 319.

⁹⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. Op. Cit., p. 8.

⁹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 175.

⁹² Deve-se ressaltar, contudo, que a Carta de 34 estabeleceu uma curiosa salvaguarda para a representação interventiva, ao condicionar a eficácia da representação interventiva à declaração de sua constitucionalidade pela Corte Suprema. Construía-se, assim, uma “fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos”, instituindo-se, na prática, uma “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit., p. 1197).

⁹³ SLAIBI FILHO, Nagib. Op. Cit., p. 8.

Metaforicamente, pode-se dizer que o recurso extraordinário constituiria “uma ponte entre o sistema recursal e o sistema de controle de constitucionalidade”⁹⁴.

Do texto constitucional, infere-se que o recurso extraordinário nasce com algumas características fundamentais. Desde logo, observa-se que seu âmbito de aplicação não se restringe ao controle de constitucionalidade, mas, também, ao controle de legalidade dos atos estatais, uma vez que alcança decisões contrárias a “literal disposição de tratado ou lei federal”. Fora isso, seu caráter é inegavelmente concretista, baseado na aplicação ou desaplicação de uma norma inconstitucional em determinado caso particular, sem possibilidade de exacerbação de seus efeitos a outros processos, ainda que similares. Por fim, o recurso extraordinário assume feição uniformizadora de jurisprudência, na medida em que seu cabimento revela-se viável não só nas hipóteses de contrariedade manifesta à lei ou à constituição, mas também quando verificadas decisões divergentes entre tribunais de igual instância sobre matéria idêntica.

I.3.2 A suspensão pelo Senado Federal da eficácia de lei declarada inconstitucional

Decerto intuindo que o alargamento das competências outorgadas à Corte Suprema terminaria por aumentar de maneira exponencial a quantidade de processos que lá desaguariam, o constituinte de 1934 deu aquele que foi talvez o primeiro passo na direção de uma maior racionalização do sistema processual que abarrotava o órgão de cúpula do Poder Judiciário: a *suspensão da eficácia da lei declarada inconstitucional por ato do Senado Federal*⁹⁵.

Com efeito, a Constituição de 1934 estatuiu que competia ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”⁹⁶. Desse modo, caso a Corte Suprema reconhecesse a inconstitucionalidade de determinada lei ou dispositivo, seria possível representar ao Senado para que suspendesse, com eficácia *ex nunc*, a sua eficácia⁹⁷. Seria uma forma de impedir, por via transversa, a multiplicação de litígios fundados na interpretação ou na aplicação de determinada norma, pois esta

⁹⁴ SILVA NETO, Francisco de Barros e. Paradoxos do recurso extraordinário como ferramenta do direito processual constitucional. In **Revista de Processo**. Vol. 201. Ano 36. p. 45-58. São Paulo: RT, novembro/2011, p. 46. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

⁹⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., 769.

⁹⁶ Cf. art. 91, inc. IV, da Constituição de 1934.

⁹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 559.

passaria a deixar de vigorar. Pela primeira vez em nosso ordenamento, portanto, estabelecia-se a possibilidade de que uma decisão judicial pudesse ter efeitos *erga omnes*⁹⁸.

É evidente, no entanto, de que efeitos *erga omnes* em sentido estrito não se poderia falar. Isso porque a decisão final da Corte Suprema ficaria restrita ao caso concreto sem o socorro da Câmara Alta do Parlamento. Sob a ótica do constituinte de 34, o Senado exerceria então o papel de coordenação entre os poderes da República, responsabilizando-se pela inter-comunicabilidade das decisões protagonizadas por diferentes esferas de poder, de maneira a harmonizá-las em nosso sistema constitucional⁹⁹. A alteração produzida foi tão inovadora e radical que ainda hoje sobrevive na atual Constituição Federal¹⁰⁰.

I.3.3 A cláusula de reserva de plenário

Nem só de ampliação de poderes, contudo, viveu o desenho institucional promovido pelo constituinte de 1934 ao Poder Judiciário. Como ferramenta relevantíssima de salvaguarda da autoridade das decisões emanadas pelo Poder Legislativo, estabeleceu-se uma salvaguarda que se revelaria definitiva no nosso sistema de freios e contrapesos: a *cláusula de reserva de plenário*.

Sob inspiração direta da prática jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos, importou-se para o Brasil a “máxima prudencial do *full bench*”¹⁰¹. De acordo com essa regra, as declarações de inconstitucionalidade de normas só podem ter lugar através da “maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes”¹⁰².

De fato, a *ratio* da reserva de plenário é cristalina: pretende-se assegurar a legitimidade das decisões tomadas pela jurisdição constitucional. Impede-se que, com ausências ocasionais, prolate-se uma decisão com sérias repercussões no ordenamento jurídico sem que ela reflita o entendimento do colegiado como um todo. Daí a exigência de quórum para a própria análise da questão e, com mais razão, a maioria absoluta de votos em um determinado sentido para proclamar-se o resultado¹⁰³.

⁹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 69.

⁹⁹ SLAIBI FILHO, Nagib. Op. Cit., p. 11.

¹⁰⁰ Cf. art. 59, inc. X, CF/88.

¹⁰¹ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 68.

¹⁰² Cf. art. 96 da Constituição de 1934.

¹⁰³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante e outros temas. In **Revista dos Tribunais**, ano 6, nº. 25, out./dez. 1998, p. 177.

A reserva de plenário decorre, ainda, da presunção de constitucionalidade das leis. Dado o caráter *contra-majoritário* da jurisdição constitucional, exige-se dos tribunais que, para afastar tal presunção, façam-no por decisão da maioria absoluta de seus membros¹⁰⁴. Do contrário, estaria vulnerada a legitimidade apriorística conferida pelo sufrágio aos representantes do povo para aprovarem as leis que desejam seguir. Se por um lado isso poderia ser enxergado como uma forma de intervenção na liberdade de atuação do Poder Judiciário, por outro não se poderia negar que a cláusula de reserva de plenário traduzia importante mecanismo de “estabilização da jurisprudência constitucional”¹⁰⁵.

I.4 Constituição de 1937

Os avanços produzidos pelo constituinte de 34 não tiveram, contudo, vida longa. Ainda que houvesse passado quatro anos como chefe de governo provisório e mais três como presidente constitucional eleito pela maioria, não passava pela cabeça de Getúlio Vargas entregar o poder a outra pessoa senão a si próprio. As eleições marcadas para 1938 encerrariam seu já extenso mandato como líder máximo da Nação. Era necessário, portanto, encontrar um pretexto que justificasse sua permanência do poder. Foi assim que o país foi apresentado ao *Plano Cohen*.

Forjado por um militar integralista, o Plano Cohen arquitetava uma fantasiosa revolução comunista em curso no Brasil. Supostamente organizada, a revolução seria deflagrada dali a poucos meses, prendendo lideranças políticas, interditando o Poder Judiciário, suspendendo as franquias de liberdade e, em resumo, jogando o Brasil “nos braços de Moscou”¹⁰⁶. Era o pretexto de que Getúlio precisava. Com o apoio do Exército, Vargas emparedou o Congresso e arrancou-lhe a decretação do estado de guerra em 30 de setembro de 1937. Dois meses mais tarde, o fugidio ar de legalidade foi definitivamente afastado¹⁰⁷. Inspirado na doutrina salazarista¹⁰⁸, Vargas não teve sequer a originalidade de

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 96.

¹⁰⁵ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 68.

¹⁰⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 179.

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional: sua situação ordenamento jurídico nacional atual**, cit., p. 295.

¹⁰⁸ A ditadura salazarista encerrava um “Estado corporativo” de cunho manifestamente autoritário. E, embora estivesse limitado pela moral e pelo Direito, “não consagrava na prática uma verdadeira separação de poderes (que estavam concentrados de direito e de facto no Governo)” (MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, t.2, cit., p. 40).

dar outro nome ao regime de exceção que se instalava. Nascia, então, a ditadura do *Estado Novo*¹⁰⁹.

Como de hábito em todos os golpes militares, o Estado Novo concebeu-se a partir da reciclagem de velhas práticas. A primeira delas foi, por óbvio, remover os obstáculos introduzidos pela Carta de 1934¹¹⁰. Para tanto, “atendendo ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente”, o Presidente da República resolvia “assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição”¹¹¹. Inspirada no regime protofacista de Josef Pilsudski, a Constituição de 1937 ganhou o sugestivo apelido de *Polaca*¹¹².

Outorgada de forma imperial por Getúlio Vargas, a Constituição de 1937 representou um dos mais graves retrocessos da história constitucional brasileira¹¹³. Além da evidente suspensão das eleições marcadas para o ano seguinte, promoveu-se uma drástica centralização do poder, cassando-se as autonomias dos estados e fechando-se o Congresso, que não voltaria a se reunir sequer por uma vez durante a vigência do Estado Novo. Pior. Enquanto o Parlamento não se reunisse, o Presidente da República deteria “o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”¹¹⁴. Assim, não somente lei, mas também emendas à constituição poderiam ser decretadas por vontade única e exclusiva do titular do Poder Executivo¹¹⁵. Consolidava-se, pois, a *Ditadura Vargas*.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 334 e ss.

¹¹⁰ Prova maior de que Getúlio não queria sujeitar-se à Lei Maior repousa no fato de que encomendara o texto da Constituição de 1937 a Francisco Campos, que a redigira em silêncio até a decretação do Estado Novo. Três anos mais tarde, com a ditadura no seu auge, Vargas “denunciaria” a Constituição de 34 como “uma constitucionalização apressada, fora de tempo, apresentada como panaceia de todos os males, traduziu-se numa organização política feita ao sabor de influências pessoais e partidarismo faccioso, divorciada das realidades existentes. Repetia os erros da Constituição de 1891 e agravava-os com dispositivos de pura invenção jurídica, alguns retrógrados e outros acenando a ideologias exóticas. Os acontecimentos incumbiram-se de atestar-lhe a precoce inadaptação!” (CORTI, Ana Paula. Estado Novo (1937-1945): a ditadura de Getúlio Vargas. Disponível em <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/estado-novo-1937-1945-a-ditadura-de-getulio-vargas.htm>. Acesso em 30 set. 2015).

¹¹¹ Os trechos citados são do preâmbulo da Constituição de 1937.

¹¹² BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 339.

¹¹³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., p. 221.

¹¹⁴ Cf. art. 180 da Constituição Federal de 1937.

¹¹⁵ FONSECA, Domingos Thadeu Ribeiro da. Op. Cit., p. 169.

I.4.1 Controle de constitucionalidade na Constituição de 1937

No âmbito do controle de constitucionalidade, a Constituição de 1937 praticamente enterrou qualquer possibilidade de atuação do Poder Judiciário¹¹⁶. A mudança foi singela, porém implacável. Introduziu-se um parágrafo único ao art. 96 da Constituição, a dispor que, “no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei”, o Presidente da República, convicto de que ela “seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, poderia “submetê-la novamente ao exame do Parlamento”. Caso este a aprovasse novamente por 2/3 dos votos de cada uma das casas parlamentares, ficaria “sem efeito a decisão do Tribunal”¹¹⁷.

Em razão desse parágrafo único, o controle judicial de constitucionalidade perdeu uma de suas características mais fundamentais: a *autoridade*. E isso não era o pior. Como o Parlamento jamais voltaria a se reunir durante o Estado Novo, isso significava na prática que a decisão acerca da prevalência de normas inconstitucionais remanesceria nas mãos de uma única pessoa: Getúlio Dorneles Vargas.

Havia, claro, quem entendesse que a “subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento” punha em evidência “o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros eternos”. Para os varguistas de ocasião, o parágrafo único do art. 96 da Carta de 37 funcionaria como remédio contra aquilo que denunciavam como “preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despido de caráter de universalidade”. Para essa corrente, “controlar a constitucionalidade das leis é um campo aberto para a política, porque a Constituição, em si mesma, é uma lei *sui generis*”¹¹⁸.

Posteriormente, houve constitucionalistas de escol a entender que a submissão da autoridade da decisão de inconstitucionalidade à ratificação pelo Parlamento constituiria “uma peculiar modalidade de revisão constitucional”, pois “a lei confirmada passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição”¹¹⁹.

Com o devido respeito, essa posição é insustentável. Se a decisão sobre a desaplicação de uma norma em confronto com a Constituição da República sujeita-se ao

¹¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 69.

¹¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 560-561.

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit., p. 1194.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit., p. 1198.

controle congressual, que pode tornar sem efeito a sentença da Corte Suprema, cai por terra a própria razão de sua existência. Isso porque o critério para escrutínio da norma deixa o campo *jurídico* e mergulha na seara *política*, reduzindo uma questão originalmente técnica a critérios de conveniência e oportunidade do mandatário de plantão.

Ademais, tal posição não explica como resolver a questão das normas constitucionais inconstitucionais. Se de fato a norma aprovada pelo Parlamento alcança o *status* de norma constitucional, invalidando *a posteriori* a decisão firmada pela Suprema Corte, como fazer para escrutinar a constitucionalidade das próprias emendas com o texto original da Constituição? Seria possível infirmar a nulidade congênita de uma emenda constitucional pelo simples fato de ter sido aprovada por maioria qualificada no Parlamento? A resposta parece francamente negativa.

I.5 Constituição de 1946

Auxiliado pela deflagração do segundo conflito internacional de escala global em duas décadas, Vargas conseguiu estender seu governo de exceção por quase uma década. No entanto, aquilo que lhe servira de elixir durante a guerra passara, com o fim do conflito, a ser veneno. Tendo sucumbido na Europa o modelo de governo ditatorial, com as derrocadas de Hitler e de Mussolini, Getúlio e seu regime filofascista ganharam súbito ar anacrônico. Afinal, se os militares brasileiros foram, ainda que tardiamente, lutar em solo europeu contra a tirania para defender as franquias democráticas, como sustentar internamente um governo que praticava o exato oposto?¹²⁰

Sentindo o chão lhe faltar, Vargas tomou a frente do processo de redemocratização. Seu intuito era o de controlá-lo para eleger um sucessor amigo, ou, na melhor das hipóteses (para ele), fraudar novamente o sistema eleitoral e conseguir novamente, pelas urnas ou pelas armas, manter-se no poder¹²¹.

Desse modo, em fevereiro de 1945, Getúlio decretou a Lei Constitucional nº. 9, que, entre outras providências, determinou a fixação de data para as eleições gerais, assim como a aprovação da legislação que as iria reger, no prazo de 90 dias¹²². Ao final de

¹²⁰ Para o registro do ambiente histórico, cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 349 e ss.

¹²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 187.

¹²² Cf. art. 4º, Lei Constitucional nº. 9, de 28 de fevereiro de 1945.

maio daquele ano, o país tomaria conhecimento do novo “Código Eleitoral”, a determinar que o novo presidente e o parlamento seriam eleitos na sugestiva data de 2 de dezembro¹²³.

Feito sob encomenda, o Código Eleitoral continha uma brecha preocupante. De acordo com seu art. 55, o então Presidente da República não poderia concorrer ao mesmo cargo, “desde que não afastado definitivamente do seu cargo até 90 dias antes da eleição”. Ou seja: se deixasse a presidência três meses antes do pleito, Getúlio poderia concorrer novamente à presidência. Embora rechaçasse de público a hipótese, ninguém duvidava de que Vargas concorreria nas eleições daquele ano. Restava saber, contudo, em quais condições.

As dúvidas, contudo, não tardaram em ser dissolvidas. Aproveitando o movimento “queremista” e algum apoio ainda existente à esquerda, Vargas baixou novo decreto, antecipando a data de realização das eleições estaduais. Seu propósito era um só: eleger os governadores e interventores ainda na qualidade de presidente, para neles encontrar apoio a um possível golpe. A troca do chefe de polícia do Distrito Federal por seu irmão, Benjamin Vargas, foi apenas a gota d’água em um caldeirão no qual fervilhava a continuidade do regime getuliano. No dia 29 de outubro, o chefe do Estado Maior das Forças Armadas, general Góes Monteiro, pôs a tropa na rua e depôs Getúlio Vargas¹²⁴. Visto não haver vice-presidente da República, nem muito menos presidente da Câmara ou do Senado para sucedê-lo, tomou posse na presidência da República o presidente do Supremo Tribunal Federal: José Linhares. Chegava ao fim a ditadura do Estado Novo¹²⁵.

Cumprindo à risca o roteiro da redemocratização, José Linhares decretou a Lei Constitucional nº 13. De acordo com essa lei, os eleitos em 2 de dezembro reunir-se-iam sessenta dias após as eleições para, “em Assembléia Constituinte”, deliberar “com poderes ilimitados a Constituição do Brasil”¹²⁶. Depois de quinze anos de Era Vargas, finalmente o Brasil restabeleceria a normalidade democrática¹²⁷.

I.5.1 O retorno à normalidade democrática

¹²³ Foi nesse dia que Luís Bonaparte dissolveu a república francesa e restaurou a monarquia, assumindo como Napoleão III, golpe que entraria para a história como símbolo de farsa na famosa obra de Karl Marx: *O 18 Brumário de Luís Bonaparte*.

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 351.

¹²⁵ FONSECA, Domingos Thadeu Ribeiro da. Op. Cit., p. 170.

¹²⁶ Cf. art. 1º, Lei Constitucional nº. 13, de 12 de novembro de 1945.

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional: sua situação ordenamento jurídico nacional atual**, cit., p. 295.

Do ponto de vista jurídico, a Constituição de 1946 representou a retomada dos princípios de liberdade e de democracia estabelecidos pela Constituição de 1934¹²⁸. Direitos e garantias outrora ultrajados no regime de exceção do período que a antecedeu voltaram a vigorar em todo o seu esplendor: liberdade política, liberdade de associação, *habeas corpus*, presunção de não culpabilidade, etc.¹²⁹. Volveu-se ao sistema descentralizador de poder, conferindo maior autonomia aos estados e aos municípios e mitigando-se a excessiva proeminência do Poder Executivo. Finalmente, criou-se o embrião daquilo que hoje seria o nosso Superior Tribunal de Justiça: o *Tribunal Federal de Recursos*. Herdando parcela da competência do Supremo Tribunal Federal, ao TFR incumbiria desafogar pelo menos parte dos feitos que assomavam ao STF, diminuindo, pois, o congestionamento processual da corte.

No que toca ao controle de constitucionalidade, a Constituição de 1946 ressuscitou algumas das inovações previstas na Constituição de 1934, sem desprezar, contudo, algumas alterações introduzidas pela Carta de 1937¹³⁰. Dessa forma, manteve-se: i) o poder do Senado Federal de suspender, no todo ou em parte, a execução de leis ou decretos julgados inconstitucionais por decisão definitiva do STF¹³¹; ii) o cabimento do recurso extraordinário em causas decididas em única ou última instância por outros tribunais e juízes¹³²; e iii) o princípio da reserva de plenário para declaração de inconstitucionalidade por órgão colegiado¹³³.

1.5.2 O golpe militar de 1964

Duas décadas parecia ser o máximo de validade dos regimes democráticos no Brasil, tal era a frequência com a qual se derrubavam governos eleitos de forma democrática. Depois da queda da República Velha em 1930 e da redemocratização em 1945, novamente o país via-se às voltas com insurreições militares¹³⁴.

Tendo sucedido por imposição constitucional o presidente eleito, João Goulart somente assumiu o cargo a que renunciou Jânio Quadros após uma crise militar que quase resultou em novo golpe. A deposição do vice-presidente somente não se

¹²⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., p. 222.

¹²⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 189.

¹³⁰ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 69.

¹³¹ Cf. art. 64, da Constituição de 1946.

¹³² Cf. art. 101, inc. III, da Constituição de 1946.

¹³³ Cf. art. 200, da Constituição de 1946.

¹³⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 429 e ss.

consumou em virtude de um arranjo político segundo o qual ele governaria, mas não com toda a autoridade que a Constituição outorgava à figura presidencial. Seria Jango apenas o chefe de Estado de um sistema parlamentarista¹³⁵.

Três anos e muitos erros políticos depois, a situação política no Brasil alcançara assombroso nível de ebulição. O golpe militar era certo. A única dúvida que restava era saber se ele viria da esquerda (representada pelo Governo) ou da direita (representada pela oposição). Com franco apoio dos Estados Unidos, os militares defenestravam, pela terceira vez no século, o presidente eleito pelo povo. Estava consumada a dita “Revolução de 1964”¹³⁶.

Dez dias após a inconstitucional declaração de vacância do cargo de presidente da República – pois João Goulart ainda se encontrava no Brasil quando tal declaração foi emitida – o Congresso, sitiado pelos militares, elegeria o outrora chefe do Estado Maior de Jango: Humberto de Alencar Castello Branco¹³⁷. Estava instalado o *Regime Militar*.

A primeira providência de Castello Branco ao tomar posse como presidente foi a de buscar respaldo jurídico ao novo regime¹³⁸. Disso adveio uma sucessão de emendas constitucionais destinadas, de um lado, a conferir legitimidade institucional ao governo militar, e, do outro, a alterar o arcabouço legal então existente para eliminar o que fosse indesejado, assim como acrescentar mecanismos de todo convenientes¹³⁹. É nesse contexto que surge a chamada a *representação de inconstitucionalidade*, ou, como ficou vulgarmente conhecida depois, a *ação genérica de inconstitucionalidade*¹⁴⁰.

I.5.3 A Reforma Constitucional de 1965 e a criação da representação contra inconstitucionalidade

¹³⁵ Cf. Emenda Constitucional nº. 4, de 2 de setembro de 1961. Posteriormente, após uma feroz ofensiva midiática e política, Jango conseguiu restabelecer a autoridade de seu mandato através de um plebiscito popular, no qual a população optou pelo retorno ao presidencialismo. A retomada do antigo sistema terminou consolidada pela Emenda Constitucional nº. 6, de 23 de janeiro de 1963. Nesse sentido, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 195.

¹³⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional: sua situação ordenamento jurídico nacional atual**, cit., p. 295.

¹³⁷ FONSECA, Domingos Thadeu Ribeiro da. Op. Cit., p. 172.

¹³⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 431.

¹³⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., p. 222.

¹⁴⁰ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 53.

Criada pela Emenda Constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965¹⁴¹, a ação genérica de inconstitucionalidade tinha como objetivo submeter ao escrutínio do Supremo Tribunal Federal a “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual”¹⁴². A legitimidade para sua proposição, contudo, era assaz restrita: somente o Procurador-Geral da República poderia ajuizá-la.

A introdução de uma ação direta para declaração de inconstitucionalidade junto à Suprema Corte brasileira foi o mais ousado passado dado antes visto em direção à abstratização do controle de constitucionalidade no Brasil¹⁴³. Como se viu anteriormente, o sistema brasileiro não conhecia outro modelo a não ser o difuso, de inspiração norte-americana, para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em geral¹⁴⁴. Àquela altura, o único instrumento de que dispunha o sistema para conferir força obrigatória geral às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade era a representação ao Senado Federal que, discricionariamente, poderia decidir, por meio de resolução, suspender a vigência da norma declarada inconstitucional¹⁴⁵.

Com a EC nº. 16/65, no entanto, conferiu-se ao STF a possibilidade de declarar a invalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em confronto com a Constituição¹⁴⁶, extirpando do ordenamento jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade. Abandonava-se, portanto, o paradigma da “incidentalidade”, marca da Justiça Constitucional em nosso ordenamento desde a Constituição de 1891¹⁴⁷. O Brasil, portanto, passara a adotar um *sistema misto* de controle de constitucionalidade das normas¹⁴⁸.

As vantagens do novo instituto pareciam evidentes. Ao invés de percorrer todo o tortuoso caminho do controle difuso até chegar eventualmente ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário, a ação genérica de

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 68.

¹⁴² Art. 101, inc. I, alínea “k”, da Constituição de 1946.

¹⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os princípios do processo constitucional**, cit., p. 331.

¹⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 562-563.

¹⁴⁵ Como assevera Lênio Streck, “as decisões exsurgentes do controle difuso não possuem autonomia, *pois dependem do ‘socorro’ do poder legislativo* para adquirir força vinculante *erga omnes*” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª Ed. Rio de Janeiro:Forense, 2004, p. 479).

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 39.

¹⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 70.

¹⁴⁸ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 70.

inconstitucionalidade permitiria um julgamento sumário da questão constitucional, decretando-se, desde logo, a validade ou a invalidade da norma escrutinada¹⁴⁹. Desse modo, a indesejada multiplicação de processos – e, por consequência, o congestionamento processual do STF – seria ao menos mitigada pela nova ação direta¹⁵⁰.

Em que pese o caráter revolucionário da inovação, seu propósito era indisfarçável: permitir maior ingerência da União nos demais entes da federação. Garantia-se, por meio da representação de inconstitucionalidade, ampla centralização dos poderes e grande controle sobre as ações legislativas de estados e municípios¹⁵¹. Não por acaso, o único legitimado a deflagrar o procedimento de controle abstrato de normas perante o Supremo era o Procurador-Geral da República, à época demissível *ad nutum* pelo Presidente da República¹⁵². Tal restrição, por óbvio, limitava abertamente sua utilidade, circunscrevendo-as às hipóteses que não causassem maior embaraço ao Poder Executivo¹⁵³.

Com uma mão, portanto, o regime militar conferia novos poderes à jurisdição constitucional, mas, com a outra, cassava-lhe a liberdade de decidir casos que não fossem de interesse do general de plantão¹⁵⁴. O controle abstrato de constitucionalidade revelava-se, portanto, capenga desde seu nascedouro.

I.6 Constituição de 1967

Do ponto de vista normativo, a Constituição de 1967 não representou grande alteração no panorama do controle de constitucionalidade nacional, muito menos sua profunda alteração pela Emenda Constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969¹⁵⁵.

¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., 769.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit., p. 1203-1204.

¹⁵¹ SLAIB Filho, Nagib. Op. Cit., p. 13.

¹⁵² MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 53.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 160.

¹⁵⁴ Comprovação empírica do que se está a afirmar ocorreu quando, em 1970, único partido de oposição permitido pelo regime militar, o MDB, representou ao Procurador-geral da República para que ingressasse com ação de declaração de inconstitucionalidade do decreto-lei que estabelecia a censura prévia de livros, jornais e periódicos. O PGR, no entanto, negou-se a fazê-lo, por entender que o texto constitucional não o obrigava a ingressar com a representação mesmo quando instado a agir. Para a referência ao caso, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit., p. 1205.

¹⁵⁵ Outorgada por uma junta militar após a declaração de incapacidade do Marechal Arthur da Costa e Silva e do impedimento de seu vice, o civil Pedro Aleixo, a Emenda Constitucional nº. 1/69 determinava que “a Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação”. Daí porque grande parte da doutrina refere-se a ela não como emenda à Constituição de 1967, mas como um texto constitucional autônomo: a “Constituição de 1969”. Nesse sentido, cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 443-444. Cf. também BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 198 e ss.

Isso, contudo, não foi sinônimo de marasmo no âmbito da jurisdição constitucional brasileira.

Talvez intimidado pela circunstância de viver em um estado de exceção, o Supremo Tribunal Federal via *cum grano salis* os novos poderes que lhe haviam sido outorgados desde 1965 pela Emenda Constitucional nº. 16, ainda na vigência da Constituição de 1946. De acordo com o entendimento então prevalecente, da declaração de inconstitucionalidade emitida pelo STF, fosse em controle difuso, fosse em controle abstrato, sua competência estaria restrita ao envio da decisão ao Senado Federal. Este, por sua vez, caso entendesse conveniente, atribuiria eficácia *erga omnes* à sentença de inconstitucionalidade, suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional¹⁵⁶.

Criava-se, assim, uma situação juridicamente excêntrica. Estivesse o Supremo Tribunal Federal atuando em sede de controle difuso, conhecendo de recurso extraordinário, ou estivesse atuando em sede de controle abstrato, julgando ação genérica de inconstitucionalidade, o resultado seria o mesmo: a remessa da decisão ao Senado para que, discricionariamente, decidisse sobre a extensão dos efeitos da decisão. Com esse entendimento, a diferença entre ambas as formas de controle estaria reduzida à dessemelhança tautológica: enquanto o controle concreto era decidido por via de recurso extraordinário, o controle abstrato era decidido por via de ação genérica de inconstitucionalidade¹⁵⁷.

Desde sempre, essa posição parecia um contrassenso. Afinal, a razão mesma do controle concentrado consiste em expandir seus efeitos para além das partes no processo, produzindo uma declaração de invalidade da norma jurídica com eficácia para todos. Na verdade, quando o legislador constituinte derivado introduziu a nova “ação genérica de inconstitucionalidade”, sua intenção não teria sido outra senão a de que essa decisão tivesse força obrigatória geral *independentemente da intervenção posterior do Senado Federal*¹⁵⁸. Somente depois de dez anos, o Supremo Tribunal Federal pareceu convencer-se do equívoco no qual incorrera.

No julgamento da representação de inconstitucionalidade nº. 933, colocou-se em questão a unificação das carreiras dos juízes integrantes do Estado da Guanabara (o antigo Distrito Federal) e do Estado do Rio de Janeiro¹⁵⁹. A despeito de

¹⁵⁶ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 73.

¹⁵⁷ SLAIB FILHO, Nagib. Op. Cit., p. 14.

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 523.

¹⁵⁹ Para resumo do caso, cf. SLAIB FILHO, Nagib. Op. Cit., p. 15-18.

tratar-se de uma situação singular, era inevitável que questões burocráticas secundárias (reenquadramento de magistrados, promoções na carreira, remoções de comarca, etc.) acabassem resvalando para multiplicação indesejável de processos versando sobre a mesma matéria. Não fosse isso o bastante, a decisão acerca da constitucionalidade da norma estadual que reunira ambas as carreiras apresentava-se premente, uma vez que, aguardando-se o desenrolar natural do processo, os atos praticados com base nela seriam de difícil reversão prática.

Nesse contexto, o Tribunal defrontou-se com duas questões fundamentais: i) era cabível o deferimento de medida cautelar em sede de controle abstrato de normas?; e ii) era possível estender os efeitos da decisão proferida em sede de controle abstrato sem a intervenção posterior do Senado?

Após longos debates, o Supremo Tribunal Federal enfim decidiu que “embora a suspensão da lei ou decreto, tidos como inconstitucionais, caiba ao Senado Federal”, não havia norma que impedisse a concessão de “medida preventiva visando garantir a eficácia de ulterior decisão da causa, concretizada na suspensão da execução das normas tidas como inconstitucionais”¹⁶⁰.

Estabelecia-se, assim, que a decisão prolatada em sede de controle abstrato diferia daquela proferida em controle concreto especialmente no que toca aos efeitos que dela decorreriam (*inter partes* no concreto e *erga omnes* no abstrato). E, mais do que isso, firmou-se a competência do STF para expedir medidas cautelares, destinadas a salvaguardar as situações jurídicas passíveis de serem regidas por norma inconstitucional antes de sua declaração em definitivo pela Corte.

I.6.1 O Pacote de Abril de 1977

Enfrentando a crise do petróleo e sentindo a legitimidade conferida pelo notável crescimento econômico dos anos precedentes a escapar-lhe pelos dedos, o Governo Militar começou a articular meios de manter-se no poder. Àquela altura, partido de sustentação do regime – a Aliança Renovadora Nacional (Arena) – já perdera a maioria qualificada de 2/3 para propor alterações à Constituição. Pior. Na eleição seguinte, prenunciava-se uma derrota avassaladora dos militares, com a oposição alcançando maioria na Câmara e no Senado.

¹⁶⁰ STF – Plenário. Rp-MC: 933/RJ. Relator: Min. Thompson Flores. Julgado em 5.6.75, publicado no DJ de 26.12.76.

Nesse cenário, os apoiadores do regime precisavam de um pretexto para que o então presidente, Ernesto Geisel, fechasse o Congresso. Com isso, investir-se-ia o chefe do Executivo de poderes legiferantes, podendo alterar a Carta a seu bel prazer¹⁶¹. Curiosamente, a oportunidade surgiu quando se discutia a “Reforma do Poder Judiciário” proposta pelo próprio governo Geisel.

Na dita “reforma”, violava-se de forma frontal os predicamentos da magistratura. Cassava-se a independências dos juízes, permitindo ao governo militar intervir de forma direta no único poder da República refratário a suas ingerências indevidas. Como o único partido de oposição admitido pelo regime, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), fechara questão contra a aprovação da emenda, o Congresso rejeitou a mudança constitucional. Estava construído o pretexto desejado pelos militares.

Fechado o Congresso, o General Geisel decretou não somente a “Reforma do Judiciário”, mas “aproveitou” a oportunidade para aprovar uma série de medidas destinadas a assegurar maioria parlamentar para o partido da ditadura. Com um único voto – o seu – o Presidente Geisel elegeu metade dos senadores, ao instituir a figura do “senador biônico”, eleito pelas assembleias legislativas dos Estados, amplamente dominadas pela Arena. Para além disso, tornaram-se indiretas as eleições para os governos estaduais no ano seguinte, estendeu-se o mandato presidencial de cinco para seis anos, diminuiu-se o quórum qualificado para aprovação de emendas constitucionais (de 2/3 para maioria absoluta de cada uma das casas do Congresso Nacional) e, por fim, alterou-se do critério de proporcionalidade estadual para eleição de deputados, fazendo com que estados menores – onde a presença do Governo fazia-se mais evidente – detivessem proporcionalmente mais deputados do que estados mais populosos, onde a maioria da população pendia para a oposição¹⁶².

Em relação ao controle de constitucionalidade, o Pacote de Abril pouco alterou o panorama. Com efeito, as alterações relativas ao modo de processamento das ações de competência do Supremo Tribunal Federal limitaram-se à positivação expressa da possibilidade de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade propostas pelo Procurador-Geral da República e à atribuição de competência legiferante ao Supremo,

¹⁶¹ Cf. art. 2º, §1º, do Ato Institucional nº. 5. Nesse sentido, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 208.

¹⁶² Para o histórico, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 208. Cf. também CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 235.

conferindo-lhe poderes para aprovar o próprio regimento¹⁶³. A novidade ficou por conta da introdução da esdrúxula figura da *avocatória*, através da qual o Executivo poderia literalmente retirar processos de juízes “inconvenientes”, transferindo-os para as mãos sempre dóceis do STF¹⁶⁴.

I.7 A Redemocratização e a Constituição de 1988

Consumada a *débâcle* do regime militar, expressa com a moratória externa de 1984 e o início do ciclo hiperinflacionário que perduraria pela década seguinte, o Brasil finalmente ensaiava fazer as pazes com a democracia. Após a fracassada campanha pelas “Diretas já!” naquele ano¹⁶⁵, o Colégio Eleitoral reunir-se-ia em 1985 para sufragar, ainda em eleição indireta, o primeiro presidente civil em mais de vinte anos: Tancredo Neves¹⁶⁶.

Tancredo, como é sabido, não chegou a tomar posse, mas legou a seu vice, José Sarney, ex-líder da Arena e um dos principais apoiadores da ditadura militar, um roteiro mui bem arquitetado¹⁶⁷. Primeiro, seria realizada aos poucos a transição burocrática, substituindo-se os próceres do regime em cargos-chave por civis e/ou militares

¹⁶³ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 240-241.

¹⁶⁴ A *avocatória* encontra sua inspiração mais direta no *writ of certiorari* norte-americano, pelo qual a Suprema Corte pode avocar para si o julgamento de causas ainda pendentes de julgamento em tribunais federais de apelação. Em suma, conferia-se ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de *avocar* (dai o nome: *avocatória*) “as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”. Com isso, a partir de representação do Procurador-Geral da República – demissível *ad nutum* pelo presidente, àquela época – transferia-se a competência para o processamento de qualquer demanda de seu juiz natural para o STF, inclusive com a possibilidade de suspensão imediata de decisões que já tivessem sido proferidas. Seu intuito, como é evidente, não era outro senão o de evitar embaraço ao Executivo Federal decorrente de decisões proferidas pelos juízos de 1º grau, certamente mais politicamente independentes do que os ministros do STF, todos nomeados pelo Presidente da República. Para o histórico, cf. TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 252-254.

¹⁶⁵ Apesar de seu fracasso aparente, não há como negar-se que o movimento das “Diretas Já” legou uma “marca política profunda na sociedade e nas lideranças partidárias” (MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 403). Na verdade, é impossível enxergar-se a redemocratização brasileira sem o movimento das “Diretas” como seu antecedente imediato. Sem ele, o retorno à normalidade democrática certamente tardaria mais alguns anos e, quiçá, talvez sequer tivesse ocorrido.

¹⁶⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., p. 222-223.

¹⁶⁷ Sempre convém recordar que a posse de José Sarney após a morte de Tancredo Neves não encontrava base na Constituição vigente à época. Como substituto constitucional do titular, Sarney somente poderia suceder a Tancredo se este de fato assumisse o posto. Dadas as delicadas condições da transição negociada entre a oposição e os militares, chegou-se ao arranjo pelo qual Sarney assumiria a presidência, mesmo com Tancredo tendo morrido antes de tomar posse. Para o relato, cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 446.

legalistas. Segundo, seria construída uma alternativa econômica que permitisse ao país sair da crise, debelando-se a inflação (o que resultou no malfadado “Plano Cruzado”). Por fim, operar-se-ia a transição institucional, com a substituição do arcabouço jurídico que sustentara os militares no poder por uma nova ordem democrática. Uma vez mais, convocava-se a Assembléia Nacional Constituinte para conferir ao Brasil uma nova constituição¹⁶⁸.

Tal qual a Assembléia de 1945, também a Assembléia Constituinte de 1987/1988 seria formada por deputados e senadores eleitos e no exercício dos respectivos mandatos¹⁶⁹. Havia, na realidade, um *Congresso Constituinte*, com todas as vantagens e desvantagens traduzidas por essa opção¹⁷⁰. Um ano e meio depois, estava promulgada a *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Com as costas marcadas por 21 anos de ditadura militar, os constituintes de 87/88 foram pródigos na concessão de direitos e garantias aos cidadãos. Alçados à condição de cláusulas pétreas pela Constituição, o novo elenco de direitos fundamentais estendia-se por impressionantes 77 incisos no art. 5º. Os direitos sociais, por sua vez, ganharam capitulação específica, com nada menos do que 34 dispositivos diferentes. Somando-se uns e outros, ultrapassava-se a incrível marca de 110 direitos e garantias fundamentais outorgados ao cidadão¹⁷¹.

Nunca se vira coisa igual. Nesse texto singular, podem-se encontrar “245 gordos artigos, escoltados por mais de 70 outros, não menos volumosos, contendo disposições constitucionais transitórias”¹⁷². Garantias centenárias como o *habeas corpus* ganharam a companhia de remédios constitucionais jamais vistos por estas paragens, como o mandado de injunção. O *habeas data* somou-se ao mandado de segurança na defesa dos direitos do cidadão, deixando o Poder Público praticamente sem qualquer margem para

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional: sua situação ordenamento jurídico nacional atual**, cit., p. 297.

¹⁶⁹ Cf. art. 1º da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985.

¹⁷⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., p. 223. Cf. também BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 489, e MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 403.

¹⁷¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., p. 224.

¹⁷² A extensão da Carta de 1988 é tal que somente os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias ostentam dimensão equivalente à das “Cartas do Império e da Primeira República”. Para a comparação, cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 485. No extremo oposto, tem-se a Constituição dos Estados Unidos da América, que sequer alcança as “oito mil palavras em extensão” (FARNSWORTH, E. Allan. Op. Cit., p. 164). Deve-se destacar, no entanto, que o primeiro esboço da Constituição, elaborado pelo Senador Bernardo Cabral, continha extravagantes 551 artigos, o que lhe valeu o epíteto de “Frankenstein”. Para a referência, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 213. Para a crítica à prolixidade da Constituição de 1988, cf. também MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 403.

evadir-se da efetivação das posições jurídicas outorgadas pelo constituinte de 87/88. Nascia a *Constituição Cidadã*¹⁷³.

I.7.1 Controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

I.7.1.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade

Como seria de se esperar, o controle de constitucionalidade não fugiu a essa regra. A representação genérica de inconstitucionalidade transmutou-se em *Ação Direta de Inconstitucionalidade*¹⁷⁴, passando a desempenhar papel preponderante no esquema de fiscalização da constitucionalidade no Brasil, papel que sua predecessora, por força das circunstâncias, jamais pôde desempenhar a contento¹⁷⁵. No mais, manteve-se intocada a sistemática difusa de controle concreto de constitucionalidade, permitindo-se a cada juiz desaplicar normas tidas como inconstitucionais, cabendo recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal das decisões proferidas nesse sentido¹⁷⁶. Consagrou-se, dessa maneira, um sistema *misto* de controle de constitucionalidade¹⁷⁷, ainda que sob crítica de parcela autorizada da doutrina pátria¹⁷⁸. Para além disso, a Adin ganhou novo âmbito de aplicação: sindicar as omissões legislativas inconstitucionais. Esse escrutínio seria feito por meio da sua congênere: a *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*¹⁷⁹.

¹⁷³ O epíteto da atual Carta foi-lhe atribuído por Ulysses Guimarães, figura maior do PMDB, que também era presidente da Câmara dos Deputados e da própria Assembléia Constituinte.

¹⁷⁴ Cf. art. 102, inc. I, alínea 'a', da Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 535.

¹⁷⁶ Cf. art. 102, inc. III, da Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 405.

¹⁷⁸ Para Elival da Silva Ramos, por exemplo, faz pouco sentido classificar determinado sistema como *misto* quando a definição mesma do controle difuso é o fato de a competência para julgamento de tais questões não se assentar apenas em um único órgão. Para tal definição, a perspectiva a ser adotada deveria ser “sistêmica e não segmentada”. Elival da Silva Ramos rebate eventuais críticas a essa posição que eventualmente se alicercem na suposta jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça dos Estados para o controle abstrato de normas. Segundo ele, “a difusão não é minimamente abalada” por esse fato, pois se está aí a tratar de *competência* para julgamento de ações, não de concentração ou difusão da fiscalização de constitucionalidade. “Em suma, não é correto afirmar que o controle de constitucionalidade no Brasil é concentrado em via principal: o processamento e o julgamento das ações diretas é de competência exclusiva dos tribunais superiores do Poder Judiciário Federal ou Estadual, dependendo da Constituição protegida, porém o controle continua sendo (globalmente) difuso”. É dizer: escolhendo o constituinte *mais de um* órgão competente para julgar questões constitucionais, ter-se-ia obrigatoriamente um sistema *difuso* de fiscalização da constitucionalidade (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas e evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 246-248).

¹⁷⁹ Cf. art. 103, §2º, da Constituição Federal de 1988.

De fato, não é somente por violação a normas e princípios constitucionais que têm lugar a fiscalização da constitucionalidade¹⁸⁰. É dizer: a fiscalização da constitucionalidade não se dá unicamente por *ação*¹⁸¹. Também quando o legislador omite-se em produzir determinada norma quando há mandamento constitucional para fazê-lo incorre em inconstitucionalidade¹⁸². Desta feita, inconstitucionalidade *por omissão*¹⁸³. Tal necessidade decorre de um texto constitucional particularmente generoso na consagração de direitos de “viés programático”¹⁸⁴. Assim, embora a Adin por omissão assemelhe-se à sua congênere comissiva como instrumento destinado a afastar do ordenamento normas ou condutas incompatíveis com o texto constitucional, seu escopo de proteção diferencia-se na exata medida em que pretende sindicar não atos positivos, isto é, normas editadas em dissonância com a ordem fundamental, mas, sim, atos negativos, omissões normativas que ponham em causa a supremacia do texto constitucional¹⁸⁵.

De maneira a impedir a virtual interdição do instrumento pelas conveniências políticas do mandatário do momento, ampliou-se sobremaneira o rol de legitimados a propô-las. Agora, não somente o Procurador-Geral da República poderia ajuizá-las no Supremo Tribunal Federal, mas também: i) o Presidente da República; ii) as mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados; iii) as mesas das Assembléias Legislativas estaduais; iv) os governadores de Estado; v) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; vi) os partidos políticos com representação no Congresso nacional; e vii) as confederações sindicais ou entidades de âmbito nacional¹⁸⁶.

Deve-se destacar, no entanto, que a legitimidade para deflagração do processo de controle abstrato de normas é diferenciada. Para parte do rol estabelecido no art. 103 da CF/88¹⁸⁷, a legitimidade nunca é questionada. Para o restante¹⁸⁸, todavia, exige-se a demonstração da chamada *pertinência temática*. Por pertinência temática entende-se a necessidade de que a parte demonstre, na sua petição inicial, o vínculo de pertinência entre

¹⁸⁰ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 55.

¹⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 918-919.

¹⁸² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 47-49.

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 918-919.

¹⁸⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 405.

¹⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 375.

¹⁸⁶ Cf. art. 103 da Constituição Federal de 1988. Cf. também CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1352.

¹⁸⁷ Designadamente, o Presidente da República, as mesas da Câmara dos Deputados e do Senado, o Procurador-geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e qualquer partido político com representação no Congresso Nacional.

¹⁸⁸ Governadores de Estado, mesas de Assembléia legislativa, entidades de classe ou confederações sindicais.

o dispositivo impugnado e as suas atividades ou missões institucionais. Trata-se de um liame jurídico – à semelhança da legitimidade *ad causam* do Processo Civil¹⁸⁹ – a estabelecer uma necessária relação, ao menos em tese, entre a norma impugnada e o interesse da entidade autora da ação no resultado da demanda. Ou, mais sinteticamente, trata-se de saber “no caso concreto, quem pode promover a ação”¹⁹⁰. Assim, por exemplo, um governador de Estado não pode impugnar norma produzida por outra entidade da federação, mas somente as do Estado que governa; do mesmo modo, uma entidade representativa dos Bancos somente pode impugnar normas que digam respeito à atividade bancária.

Há, por conseguinte, duas classes de legitimados a deflagrar o processo de controle abstrato de normas: há os legitimados *universais* – que sempre podem fazê-lo; e há os legitimados *condicionais* – para os quais se exige a demonstração de pertinência temática. Sobre o tema, o STF já se manifestou em diversos julgados, sempre asseverando a necessidade de demonstração da pertinência temática¹⁹¹.

Se a Adin por omissão representou evidente mudança de paradigma no sistema de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, as inovações pretendidas pelo constituinte foram para muito além dessa alteração. Na verdade, o legislador constituinte de 1988 insinuou um radical avanço na temática das omissões legislativas ao estabelecer, ao lado de um instrumento destinado a sindicair *in abstracto* as omissões inconstitucionais, um instrumento idealizado para realizar a mesma tarefa *in concreto*, sem perder de vista a proteção de direitos constitucionais outorgados ao indivíduo¹⁹². Trata-se do *mandado de injunção*¹⁹³.

¹⁸⁹ Há, todavia, quem defenda que a condição da ação assemelhada à pertinência temática seria o interesse processual. Nesse sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 168.

¹⁹⁰ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 198.

¹⁹¹ Deve-se reiterar aqui as críticas já formuladas em outra oportunidade acerca da chamada pertinência temática. De fato, não se infere do texto constitucional qualquer distinção entre legitimados para deflagrar o processo de controle abstrato de normas. É por demais curioso que, tratando-se de processo objetivo de controle de normas, exija-se da parte algo que, em princípio, está intimamente ligado a um interesse subjetivo subjacente à demanda. Embora seja razoável – do ponto de vista prático – limitar o acesso à via direta de controle concentrado, se alguém deveria impor tais limites, este alguém deveria ser o legislador democraticamente legitimado, jamais o STF. A rigor, seria mais “ortodoxo” não se exigir a demonstração de pertinência temática por nenhum dos legitimados a deflagrá-lo. Caso se quisesse exigir de parte dos legitimados a chamada pertinência temática, dever-se-ia recorrer à alteração do texto constitucional. Isso porque, dada a inexistência de margem de conformação no art. 103 da CF/88, a fixação de tal exigência parece ser defesa ao legislador ordinário federal, no uso de sua competência específica (MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 150).

¹⁹² CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 365.

¹⁹³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 364-366.

I.7.1.2 O mandado de injunção

Previsto no inciso LXXI do art. 5º da CF/88¹⁹⁴, o mandado de injunção tem por objeto omissões legislativas que embaracem o exercício de direitos e liberdades constitucionais¹⁹⁵. Segundo o texto constitucional, portanto, o mandado de injunção revela-se um remédio constitucional de rito processual próprio, de controle concreto das omissões legislativas, apto a ser ajuizado sempre que dessa omissão resulte a inviabilização da fruição de determinado direito fundamental¹⁹⁶.

Embora sejam similares na origem e no propósito, as distinções entre Adin por omissão e mandado de injunção são muitas e de várias ordens¹⁹⁷. Em verdade, enquanto a Adin por omissão volta-se para a defesa da supremacia da norma constitucional frente à inércia do legislador, o mandado de injunção representa um instrumento destinado a tutelar interesses subjetivos fundados diretamente em normas constitucionais, mas cujo exercício carece de regulamentação infraconstitucional¹⁹⁸.

Além das novidades relacionadas diretamente ao modo através do qual o Supremo Tribunal Federal poderia exercer o papel de guarda da Constituição, introduziu-se um mecanismo destinado à “preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”¹⁹⁹. Trata-se da *reclamação*.

I.7.1.3 A reclamação constitucional

Como fundamento histórico, a reclamação haure sua justificação da teoria dos poderes implícitos, derivada da doutrina norte-americana. Nascida com o

¹⁹⁴ Art. 5º - *Omissis*.

[...]

“LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”

¹⁹⁵ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 163-164.

¹⁹⁶ CUNHA JR., Dirley. **Controle de constitucionalidade – Teoria e prática**. 3ª ed. Salvador: Juspodium, p. 119.

¹⁹⁷ Para as distinções, cf. CUNHA JR., Dirley. **Controle de constitucionalidade – Teoria e prática**, cit., p. 238-240.

¹⁹⁸ CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 363.

¹⁹⁹ Cf. art. 102, inc. I, alínea ‘I’, da Constituição Federal de 1988.

regimento interno do Supremo em 1957, a reclamação passou a lei com a Carta de 1967 e foi incorporada definitivamente ao sistema constitucional com a Constituição de 1988²⁰⁰.

Concebida para ser instrumento de caráter excepcional, a reclamação destinava-se em especial aos casos de usurpação da competência do STF pelas cortes inferiores. À partida, seu manejo estava restrito a essa hipótese, não sendo cabível o ajuizamento desse instrumento para discutir-se o descumprimento de decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, como decidiu o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados²⁰¹.

Algum tempo depois, o STF passou a admitir o cabimento da reclamação em casos de desobediência a decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade. Mesmo assim, tal possibilidade jungia-se aos casos em que o autor da reclamação fosse um dos legitimados a deflagrar o processo de controle abstrato de normas e que o objeto fosse rigorosamente idêntico ao sindicado na Adin. Nesse caso, o Min. Celso de Mello defendeu a tese segundo a qual era necessário reconhecer a outros órgãos a possibilidade de utilização do instrumento, presente a legitimidade concorrente para propor ação idêntica²⁰², *“abrindo caminho para a possibilidade de admitir a reclamação para atacar desobediência às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado”*²⁰³.

Havia quem entendesse que esse posicionamento restringia em demasia o alcance da reclamação. Para parte da doutrina, parecia claro que, ao concebê-la, o legislador constituinte originário esteve a pensar numa espécie de “execução” dos julgados proferidos pelo Supremo nos procedimentos de controle abstrato de normas²⁰⁴. Dado que esse tipo de procedimento desconhece partes no seu sentido processual, não haveria possibilidade jurídica de que alguém concretamente prejudicado pelo descumprimento de decisões proferidas em sede de Adin pudesse insurgir-se contra tal. Ademais, considerando-se que a decisão proferida em controle abstrato de normas é precipuamente declaratória, a extirpar a norma inquinada do ordenamento, não haveria propriamente

²⁰⁰ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Reclamação constitucional. In DIDIER JR. Freddie (org.) **Ações constitucionais**. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2006, p. 555.

²⁰¹ Cf., por todos, STF – Pleno. AgRg na Rcl nº. 354. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 16.5.91, publicada no DJ de 28.6.91

²⁰² STF – Pleno. QO na Rcl nº. 397/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 21.5.92, publicada no DJ de 21.5.93.

²⁰³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1376.

²⁰⁴ AURELLI, Arlete Inês. Condições da ação para o exercício da reclamação constitucional. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs.). **Reclamação Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 23.

como “executar-se” a decisão. A reclamação serviria, pois, como meio de legitimação do cidadão para, literalmente, reclamar ao STF o cumprimento de uma decisão já proferida em processo do qual não foi parte²⁰⁵.

I.7.2 A Emenda Constitucional nº3, de 1993

I.7.2.1 A criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade

Menos de cinco anos após sua promulgação, a Constituição Federal de 1988 começou seu processo de remodelação. Após duas modificações fundamentalmente cosméticas no ano de 1992²⁰⁶, a Emenda Constitucional nº3 foi a primeira a alterar de maneira profunda os termos previstos no texto original da Carta de 1988²⁰⁷.

Além de dispor sobre previdência dos servidores públicos, repartição de competências tributárias e a criação de um novo imposto²⁰⁸, a Emenda Constitucional nº3 modificou radicalmente o panorama do controle de constitucionalidade no Brasil. De autoria do Deputado Roberto Campos, a referida emenda constitucional foi beber

²⁰⁵ AURELLI, Arlete Inês. Op. Cit., p. 31.

²⁰⁶ A Emenda Constitucional nº1 dizia respeito à remuneração dos deputados estaduais e dos vereadores, ao passo que a Emenda Constitucional nº2 fixava a data e os parâmetros do plebiscito a ser realizado no ano seguinte sobre o regime e o sistema de governo.

²⁰⁷ A Emenda Constitucional nº 3 pode ser tida também como a primeira da série de “reconstitucionalização” do país. Desde então, foram aprovadas nada menos do que 87 emendas à Constituição, transformando o texto original da Carta de 88, em muitas partes, apenas numa vaga lembrança daquilo que foi imaginado pelo constituinte. O Brasil, hoje, é caso único de país organizado sob uma Constituição supostamente rígida que já foi emendada 99 vezes em 30 anos, o que resulta na impressionante média de uma emenda a cada três/quatro meses. Não por acaso, vários doutrinadores dizem, sem circunlóquios, que o Brasil vive desde a década de 90 em permanente processo constituinte. Nesse sentido, cf., por todos, MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., p. 228.

²⁰⁸ O tributo referido era o “Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira – IPMF”. Nos dispositivos relativos ao IPMF, previa-se que esse imposto não precisaria respeitar o princípio da anualidade (art. 150, inc. III, alínea “b”, CF/88), que garante aos contribuintes o direito de não lhe serem exigidos impostos no mesmo exercício financeiro em que houverem sido criados. Foi proposta uma Adin (nº. 939/DF) contra esse dispositivo e o STF entendeu que esse dispositivo da emenda constitucional violava direitos e garantias individuais do contribuinte, cláusula pétrea da Constituição (art. 60, §4º, inciso IV, CF/88). Esse, portanto, foi o primeiro precedente no Brasil a reconhecer a possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais (RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 78). Trata-se daquilo que Otto Bachof chama de “inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição”, assentada no princípio de que alterações posteriores da Carta Constitucional podem infringir, “formal ou materialmente”, a Constituição (BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008, p. 52-53). Isso ocorre porque absoluto é somente o poder constituinte originário, encontrando-se o constituinte derivado condicionado por aquele (BARUFFINI, José Carlos Tosetti. **Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 90).

diretamente no sistema alemão suas inovações, graças à intervenção de Gilmar Mendes, autor do estudo que justificou sua apresentação ao Congresso²⁰⁹.

Em primeiro lugar, criou-se a chamada *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, cujo objeto seria a “declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal” (art. 102, inc. I, alínea “a”, CF/88). Excluía-se, pois, as leis e os atos normativos estaduais e municipais, bem como atos, de qualquer natureza, meramente regulamentares. Ao contrário do que se pretende na Ação Direta de Inconstitucionalidade, na ADC o propósito é justamente o oposto: uma declaração do STF de que a lei em questão é constitucional.

Desde sempre, a ADC suscitou espanto e admiração. Para Jorge Miranda, por exemplo, a ADC nada mais é senão um “acréscimo de legitimidade, numa espécie de sanção judiciária a medidas legislativas provenientes dos órgãos (salvo o Procurador-Geral da República) a quem se reserva a iniciativa”²¹⁰. Houve, ainda, quem a acusasse de não passar de uma advocatória travestida²¹¹. A acusação certamente é grave, mas não chegaríamos a tanto. A nosso ver, a ADC funciona como uma *ação de interdição de debate*²¹². Eis o seu *modus operandi*:

Aprovada e sancionada determinada lei ou ato normativo federal, ela pode, eventualmente, ser discutida sua constitucionalidade nos juízos de 1º grau, através do controle concreto e difuso de constitucionalidade. Antes que essa discussão atinja tal monta que coloque em xeque a sua aplicação, propõe-se diretamente no Supremo Tribunal Federal a ADC, de modo que este se pronuncie sobre a constitucionalidade ou não da norma em questão.

E aqui reside a principal distinção entre a ADC e a extinta advocatória. Enquanto esta implicava a transferência de um processo em curso diretamente para o Supremo Tribunal Federal – alterando-se, pois, o juízo natural da causa em pleno transcurso do processo –, a ADC funciona como *atalho* a uma decisão do STF sobre a matéria, a qual, de outro modo, dependeria do transcurso natural do processo e da análise da questão pelos tribunais inferiores para, enfim, chegar ao STF pela via difusa do recurso extraordinário²¹³. Em razão disso, parcela autorizada da doutrina afirma que a ADC pode constituir “ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa”, na medida em que

²⁰⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 285.

²¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, t. 6, p. 80-81.

²¹¹ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit., p. 446.

²¹² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 539.

²¹³ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 58.

atores diretamente interessados no seu resultado podem ser privados do direito de contestar a tese jurídica nela veiculada”²¹⁴.

Essa posição, contudo, não ostenta grande solidez teórica. Se de fato fosse assim, teríamos de admitir que toda a ação de controle abstrato resultaria em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Trata-se da forma mesma com a qual está estruturada a fiscalização abstrata de normas. A menos que se queira reconhecer que o próprio sistema de controle de constitucionalidade abstrato é, em si, inconstitucional, não há como sufragar esse entendimento.

Seja como for, o fato foi que a ADC veio para limitar o pronunciamento dos juízes e tribunais inferiores sobre a questão, haja vista seu caráter vinculante e seu efeito *erga omnes*. Com efeito, as sentenças relativas à ADC ficariam desse modo imunes ao controle incidental de base difusa, visto que a decisão do STF, nesse caso, teria o “impressionante efeito de impedir que juízes e administradores públicos neguem aplicação à norma infraconstitucional, sob o fundamento de ser a mesma incompatível com a Lei Maior”²¹⁵. Por isso mesmo, a ADC revela-se como um “mecanismo de preservação do poder, à disposição do governo para impedir a evolução jurisprudencial nas matérias de seu interesse”²¹⁶.

Em outras palavras, isso significa que, de modo transversal e mais sofisticado – ao contrário da advocatária, que o fazia diretamente de forma tosca – todos os demais juízes do país ficariam agora sujeitos à interpretação da norma realizada pelo Supremo Tribunal Federal, “numa espécie de harmonização de jurisprudência”²¹⁷. Seria possível até mesmo falar em “ratificação de presunção”, cuja finalidade seria a de “afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea da matéria”²¹⁸.

I.7.2.2 Os efeitos das ações de controle abstrato

Em segundo lugar, a EC nº3/93 estabeleceu que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, *nas ações declaratórias de*

²¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 539. No mesmo sentido, cf. CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit., p. 446.

²¹⁵ SLAIB FILHO, Nagib. Op. Cit., p. 22

²¹⁶ CAGGIANO, Monica Herman. Emenda Constitucional nº. 45/2004. In **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 5, jan./jul. 2005, p. 185-204. São Paulo: ESDC, 2005, p. 193.

²¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 255.

²¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 230.

constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”²¹⁹. Dessa alteração, contrária à nossa tradição constitucional, resultaram diversas críticas e perplexidade²²⁰.

A primeira perplexidade decorre da conclusão de que a expressão “eficácia vinculante” encerra um “conceito jurídico indeterminado”, haja vista que “nem a Constituição nem a lei” procuram distingui-la quando confrontada com a eficácia *erga omnes* dessas mesmas decisões²²¹. Aparentemente, quando o legislador constituinte derivado resolveu atribuir eficácia vinculante às decisões proferidas pelo STF no âmbito das ações declaratórias de constitucionalidade, estaria no fundo pretendendo equiparar o descumprimento do comando sentencial ao descumprimento da própria lei, com o nítido propósito de promover responsabilização disciplinar ou político-administrativa das “autoridades judiciárias ou administrativas renitentes”²²².

De fato, na redação original da Constituição de 1988, não havia qualquer referência aos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. A lacuna, no entanto, foi preenchida por construção doutrinária e jurisprudencial. Desde o citado julgamento da representação genérica de inconstitucionalidade nº 933 – ainda sob a égide da constituição anterior –, entendia-se que, se havia um processo objetivo de controle abstrato de normas, os efeitos da decisão nele proferida deveriam ser diversos – e mais amplos – do que os de uma decisão proferida em controle concreto. Não havia, portanto, razões práticas ou jurídicas para questionar-se a amplitude dos efeitos da decisão proferida pelo STF em sede de controle abstrato.

Contudo, quando o legislador constituinte derivado resolveu, *sponte sua*, preencher por meio de emenda constitucional a dita lacuna, criou-se um novo problema. Uma vez que o texto da emenda limitava-se a conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à decisão proferida em sede de ADC, todos passaram a perguntar-se: e quanto à Adin?

Na verdade, a melhor técnica jurídica sempre entendeu que a decisão proferida em Adin teria força obrigatória geral, a despeito da inexistência de norma

²¹⁹ Cf. art. 1º, da EC nº. 3/93.

²²⁰ Para a perplexidade, cf. RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 80.

²²¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 283.

²²² RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 81.

expressa a esse respeito na Constituição²²³. Entretanto, quando o legislador constituinte derivado insere no texto constitucional o tipo de efeito produzido por uma modalidade de ação direta e silencia quanto à sua congênere, seria razoável entender que os institutos são dessemelhantes entre si. Se não, por que contemplar uma e não a outra?

I.7.3 A regulamentação legal das ações de controle abstrato de normas

Em que pese toda a evolução projetada em sede constitucional, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 o controle de constitucionalidade experimentou um inquietante vácuo legislativo. Suposto haver agora três grandes mecanismos para sindicar as inconstitucionalidades praticadas pelo poder público (Adin, AdinPO e ADC), nenhuma dessas categorias processuais contava com regulamentação própria a nível infraconstitucional, tornando seu regular processamento ao menos algo discutível em sede jurisdicional.

No ordenamento constitucional anterior, o problema não se configurava. Com efeito, a Constituição de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº. 1 de 1969, determinava competir aos tribunais “elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer, respeitado o que preceituar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a competência de suas câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos com funções jurisdicionais ou administrativas”²²⁴. Para o STF, além dessa competência, o regimento interno ainda deveria dispor sobre “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal”²²⁵. De maneira assaz curiosa, ao STF competiria não somente elaborar seu regimento interno, mas também dispor, dentro dele, sobre o processamento de causas de sua originária competência, aí incluída a representação genérica de inconstitucionalidade e até mesmo o recurso extraordinário²²⁶. Embora largamente criticada pela doutrina²²⁷, havia quem defendesse que tal competência não violaria o princípio da separação de poderes²²⁸.

Felizmente, na Constituição Federal de 1988 tal autorização desapareceu²²⁹. Certamente atentando à esdrúxula suposição de conferir a um mesmo

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 320.

²²⁴ Cf. art. 115, inc. III, CF/67.

²²⁵ Cf. Art. 120, §3º, alínea “c”, CF/67.

²²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 44.

²²⁷ Para a crítica, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 240-241.

²²⁸ Para o aplauso, cf. NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2014, p. 109.

²²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 44.

órgão o poder de criar normas e julgá-las, o legislador constituinte originário fez desaparecer qualquer menção a semelhante prerrogativa. Agora, nada há mais que remeta a qualquer possibilidade de atuação legiferante por parte do Supremo Tribunal Federal. Até mesmo o seu regimento interno estaria a depender da aprovação de lei federal, consoante dispõe o art. 22, inc. I, da Lei Maior²³⁰.

Tudo isso mudou com o advento da lei nº. 9.868/99²³¹. Valendo-se da dupla condição de consagrado acadêmico e de Advogado-Geral da União, Gilmar Mendes arquitetou uma viragem ainda maior do sistema brasileiro em direção ao modelo alemão de controle de constitucionalidade.

A primeira lei tratava do processamento das ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão e da ação declaratória de constitucionalidade. E, logo de início, Gilmar Mendes procurou desfazer o imbróglio legislativo derivado da aprovação da EC nº3²³². Se antes apenas a ADC contava com previsão legislativa expressa acerca do efeito vinculante e caráter *erga omnes* de suas decisões, agora “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”²³³.

Esse dispositivo, no entanto, era claramente inconstitucional²³⁴. Se os efeitos da decisão de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade são tão importantes a ponto de o legislador considerar que devam constar expressamente no texto constitucional, há aí uma “*reserva de constituição (Verfassungsvorbehalt)*”²³⁵. Somente por alterações no próprio texto constitucional é que se poderia dispor sobre tais efeitos, jamais por meio de legislação ordinária²³⁶. Não foi por outra razão que esse dispositivo foi colocado ao

²³⁰ Como até o presente momento não sobreveio norma legislativa a regular o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, o regimento interno aprovado no ordenamento anterior continua em vigor (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 44).

²³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os princípios do processo constitucional**, cit., p. 332.

²³² Para a crítica à extensão por lei da eficácia vinculante à Adin, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 284.

²³³ Cf. Parágrafo único do art. 28 da Lei nº. 9.868/99

²³⁴ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 66.

²³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 247.

²³⁶ Nesse sentido, cf. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**, cit., p. 237.

escrutínio da Suprema Corte²³⁷. Todavia, o STF preferiu manter-se em silêncio e não julgar a referida reclamação²³⁸.

Malgrado tal circunstância, a inexistência de assento constitucional para essa norma jamais se revelou empecilho de monta ao Supremo Tribunal Federal. Desde sempre o STF passou a atribuir às decisões de ambas as ações o mesmo caráter obrigatório, independentemente do fato de serem dessemelhantes – ao menos a nível constitucional – os efeitos das sentenças prolatadas em Adin e ADC.

I.7.4 A regulamentação legal da ADPF

I.7.4.1 A ausência de definição a nível constitucional

Mas isso, contudo, não foi o passo mais ousado idealizado por Gilmar Mendes. A grande novidade ficou guardada para a lei seguinte, a 9.882/99. A ela incumbiria regulamentar um dos instrumentos mais insondáveis existentes em nosso ordenamento: a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*.

Com efeito, o constituinte originário de 1988, após criar essa exótica figura processual, estabeleceu um parágrafo dispondo que caberia ao STF julgar a “arguição de descumprimento de preceito fundamental desta Constituição, *na forma da lei*” (art. 102, §1º, CF/88)²³⁹. Em outras palavras, remeteu-se ao legislador ordinário toda a estruturação desse tipo processual, desde a conceituação do objeto – o que se entenderia por preceito fundamental –, passando pela legitimação, processamento e efeitos da decisão²⁴⁰.

Pode-se imaginar – e aqui se opera no campo da mais pura especulação – que o constituinte originário pensava em introduzir em nosso ordenamento algo semelhante ao *recurso de amparo*²⁴¹, do ordenamento espanhol, ou da queixa

²³⁷ O caso em exame refere-se à Rcl nº. 1.880/SP.

²³⁸ Ao final, por uma questão técnica, o processo acabou por ser extinto sem resolução de mérito. STF – Pleno. Rcl nº. 1.880/SP. Relator: Ministro Mauricio Côrrea. Julgado em 7.11.02, publicada no DJ de 19.3.04.

²³⁹ O parágrafo único foi posteriormente convertido em §1º pela Emenda Constitucional nº. 3.

²⁴⁰ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 92.

²⁴¹ No ordenamento espanhol, o recurso de amparo assume uma dupla função: tanto serve para a proteção de direitos individuais (feição subjetiva) como serve para a proteção do ordenamento jurídico (feição objetiva), muito embora prepondere no amparo a função subjetiva, como assentou o próprio Tribunal Constitucional Espanhol na sua sentença nº. 113, de 1987, ao afirmar que o recurso “não está concebido como um procedimento de jurisdição constitucional de controle direto e abstrato da constitucionalidade de uma Lei”, mas, sim, “para reparar as lesões que em tais direitos tenham sido efetivamente produzidas”. No entanto, suas

constitucional²⁴² (*Verfassungsbeschwerde*), do ordenamento alemão²⁴³. No entanto, faltam a essa conclusão elementos históricos e mesmo jurídicos a embasá-la²⁴⁴.

O fato é que, dado que o constituinte originário deixara uma margem ampla de conformação do instituto, caberia ao legislador ordinário dar vida e forma a esse instituto²⁴⁵. Enquanto não sobreveio norma regulamentadora, o STF não conheceu de qualquer das ADPFs propostas, por entender que se cuidava de norma de eficácia limitada²⁴⁶.

I.7.4.2 A tentativa de criação do incidente de inconstitucionalidade

Segundo relata o próprio Gilmar Mendes, em maio de 1997, ele e o jurista Celso Bastos pensaram na introdução de um incidente de inconstitucionalidade²⁴⁷, destinado a combater essa “guerra de liminares”²⁴⁸. Contudo, a mudança esbarrava em resistências legislativas não desprezíveis, agravadas pela necessidade de quórum qualificado para aprovação de emendas à Constituição. Foi quando ambos chegaram à conclusão de que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental poderia contemplar, adequadamente, o incidente de inconstitucionalidade”²⁴⁹. E assim surgiu a Lei nº. 9.882/99.

Valendo-se da ampla margem conferida pelo constituinte originário, regulamentou-se a ADPF de modo a que ele viesse colmatar o sistema de controle de

hipóteses de cabimento são restritas aos casos de violação de direitos, liberdades e garantias, sendo inviável seu ajuizamento quando for o caso de eventual violação de direitos econômicos, sociais e culturais. Sobre o tema, cf. TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 49-51.

²⁴² No ordenamento alemão, a queixa constitucional desempenha papel semelhante ao recurso de amparo. Nesse sentido, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 217-220.

²⁴³ Para o comparativo da similitude entre a ADPF e a *Verfassungsbeschwerde*, cf. STRECK, Lênio Luiz. **Os meios de acesso...**, cit., p. 260-265.

²⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 272.

²⁴⁵ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 96.

²⁴⁶ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 90.

²⁴⁷ Segundo o próprio Gilmar Mendes, “referido instituto [incidente de inconstitucionalidade] destinava-se a completar o complexo sistema de constitucionalidade brasileiro, permitindo que o STF pudesse dirimir, *desde logo*, controvérsia que, do contrário, daria ensejo certamente a um sem-número de demandas, com prejuízos para as partes e para a própria segurança jurídica. A proposta não foi, entretanto, recepcionada” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15).

²⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 3.

²⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 3.

constitucionalidade abstrato brasileiro²⁵⁰. Atos e normas que antes escapavam ao controle direto pelo STF, seja porque não fosse cabível a Adin, seja porque não fosse cabível a ADC, passariam a ser objeto de decisão pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato²⁵¹.

A idéia, segundo confessa o próprio artífice de sua criação, era impedir que “um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei” escapasse às formas abstratas de controle de constitucionalidade e, de resto, “de qualquer outra forma de controle”. De acordo com esse entendimento, não seria razoável uma interpretação que debilitasse a fiscalização objetiva de constitucionalidade, uma vez que a própria Constituição submeteria a lei, como instrumento por excelência de concretização das normas constitucionais, a essa forma de controle judicial. Afinal, abstrato “há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade”²⁵².

É certo que a renúncia, pelo STF, à fiscalização direta e abstrata de normas regulamentares frente à Constituição, por entender que se cuidava de mera questão de legalidade²⁵³, trazia transtornos de ordem prática²⁵⁴. A esses transtornos somava-se a igual renúncia ao processamento de Adins cujo objeto fosse legislação anterior à Constituição, pois, como assentado pelo STF desde o julgamento da Adin nº. 2, incompatibilidades entre a legislação pretérita e o atual texto constitucional remetiam à revogação²⁵⁵, não à nulidade da norma²⁵⁶, pois, para o Supremo Tribunal Federal, tal conflito soluciona-se por meio da análise concreta, com base nos conceitos de eficácia da lei no tempo (revogação), não de inconstitucionalidade²⁵⁷. O confronto com o texto

²⁵⁰ TAVARES, André Ramos. **Tratado de arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 282.

²⁵¹ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 60.

²⁵² (CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1356). Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento dos referidos doutrinadores.

²⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 162. Cf. também TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 205.

²⁵⁴ (TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 201). Esse entendimento, contudo, sofreu leve abalo quando o Supremo Tribunal Federal passou a entender cabível Adin em face de texto pré-constitucional que tenha sido revogado ou substancialmente alterado por emenda à Constituição (STF – Pleno. Adin nº. 2.158/PR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 15.9.10, publicada no DJ de 16.12.10).

²⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 57-58

²⁵⁶ O que, a propósito, não ocorre em Portugal, onde ao Tribunal Constitucional é conferida a competência para exercer a fiscalização direta de ilegalidades, conforme determina o art. 281º, nº.1, alíneas “b”, “c” e “d”, da Constituição da República Portuguesa, embora essa competência seja contestada por autorizada doutrina. Para a crítica, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**, t. 2, cit., p. 573-574.

²⁵⁷ Decisão, aliás, que não destoa do entendimento do Tribunal Constitucional Alemão sobre a matéria. No célebre caso sobre a interpretação do controle de constitucionalidade de normas, o *Bundesverfassungsgericht* assentou que “a avaliação de uma lei quanto à sua compatibilidade com uma Constituição promulgada

constitucional, à luz do entendimento da Suprema Corte brasileira, representa algo materialmente impossível, pois a norma produzida antes da constituição não teria como ser produzida com base em texto posterior²⁵⁸.

I.7.4.3 A estruturação da ADPF

Para esses problemas, portanto, a ADPF pretendia assumir a condição de panacéia. Ela surge para ampliar o alcance do controle de constitucionalidade pela via direta junto ao STF, julgando casos que, de outra forma, passariam ao largo do exame concentrado de constitucionalidade²⁵⁹. Não é por outra razão que a doutrina conclui, acertadamente, que a ADPF resulta numa subtração de competência das instâncias ordinárias, vez que diminui o âmbito de aplicação do controle concreto²⁶⁰.

Nesse contexto, a ADPF pode ter objeto: i) o confronto da recepção ou revogação de legislação anterior face ao atual ordenamento constitucional²⁶¹; ii) a fiscalização de constitucionalidade de atos regulamentares²⁶² ou infralegais²⁶³; e iii) o exame da constitucionalidade do direito municipal²⁶⁴. Fora isso, não somente as violações diretas, mas também as indiretas poderiam ser objeto de arguição de descumprimento²⁶⁵. Embora parte da doutrina defender que o Supremo dispõe de certa discricionariedade na apreciação das ADPFs, podendo deixar de processá-las caso inexista “relevante interesse

posteriormente pressupõe justamente a eficácia jurídica original da norma a ser examinada”. Em razão disso, somente “quando o ato legiferante do legislador anterior for considerado eficaz, pode-se levantar afinal a questão da compatibilidade com a *Grundgesetz* posteriormente promulgada” (cf. MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p. 898).

²⁵⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 332.

²⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 12.

²⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os princípios do processo constitucional**, cit., p. 334.

²⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 56.

²⁶² Até porque, como lembra André Ramos Tavares, “a noção de *descumprimento* da Constituição assume características próprias no contexto constitucional pátrio, sendo mais abrangente que a idéia de *inconstitucionalidade* enquanto mera incompatibilidade entre elementos normativos de um sistema jurídico. Assim é que se podem abranger os atos administrativos nessa noção lata para fins de sindicabilidade pela via da arguição de descumprimento” (Cf. TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 438. *Itálico do original*).

²⁶³ CUNHA JR., Dirley. **Controle de constitucionalidade**, cit., p. 255.

²⁶⁴ (MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 14). Em sentido contrário, José Afonso da Silva afirma que “o sistema não reconhece a possibilidade de controle direto de constitucionalidade de lei ou *ato normativo dos Municípios* em face da Constituição Federal. Admite-o apenas em face da Constituição do Estado onde o município se situa” (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 539). Essa posição, contudo, encontra-se claramente ultrapassada, visto que a ADPF destina-se justamente a sindicá-la, de maneira residual, atos que escapam ao controle de constitucionalidade através dos instrumentos tradicionais, em especial a Adin e a ADC. Para maior aprofundamento, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. *Op. Cit.*, p. 188-205.

²⁶⁵ CUNHA JR., Dirley. **Controle de constitucionalidade**, cit., p. 265.

público”²⁶⁶, prevalece por larga margem a posição segundo a qual a Corte não dispõe de qualquer competência para negar trâmite à ação quando presentes os seus pressupostos processuais²⁶⁷.

No que toca aos efeitos da decisão, a ADPF não fugiu à regra da balbúrdia vigente para as ações diretas de inconstitucionalidade. Assim como ocorreu na Lei nº. 9.868/99 em relação à Adin, também o efeito vinculante e *erga omnes* das decisões proferida em ADPF veio por obra do legislador ordinário, não do legislador constituinte²⁶⁸. Ele está previsto no §3º do art. 10º da referida lei²⁶⁹. Sobre ele pende uma Adin (nº. 2.231/DF).

Com efeito, é estranho pensar que um instrumento de natureza processual possa ser convertido, por força de lei, em mecanismo de fiscalização abstrata de normas, apto a irradiar efeitos *erga omnes*, sem que para isso encontre amparo expresso na Constituição²⁷⁰. Além disso, se o legislador constituinte estabeleceu, *in numerus clausus*, as hipóteses de ações constitucionais destinadas à fiscalização abstrata, parece claro que o legislador ordinário não poderia ampliar arbitrariamente esse rol²⁷¹.

Como se isso não bastasse, a modificação operada pelo legislador constituinte derivado com a EC nº. 45/2004 aprofundou a divergência quanto aos efeitos da ADPF. A considerar que a citada emenda constitucional estendeu a eficácia vinculante prevista originariamente para a ADC à Adin, seu silêncio quanto à ADPF indica que o poder constituinte reformador optou expressamente por não o fazer. Logo, seja pela falta de embasamento constitucional, seja pela revogação tácita operada por norma hierárquica superior introduzida *a posteriori*, não se pode ter como válida a eficácia vinculante e *erga omnes* atribuída à ADPF²⁷². Prevalece, no entanto, o apoio à iniciativa legislativa²⁷³.

²⁶⁶ Nesse sentido, cf. BARUFFINI, José Carlos Tosetti. Op. Cit., p. 85.

²⁶⁷ Cf., por todos, TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**, cit., p. 317 e ss.

²⁶⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 285.

²⁶⁹ “Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

²⁷⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 237.

²⁷¹ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 200-201.

²⁷² Nesse sentido, cf. CAGGIANO, Monica Herman. Op. Cit., p. 193.

²⁷³ Para o aplauso, cf. CUNHA JR., Dirley da. **Controle de constitucionalidade**, cit., p. 294.

I.7.5 A Reforma do Judiciário de 2004

I.7.5.1 Introdução

Dando seguimento ao processo de reformatação da Carta Constitucional de 1988, o legislador constituinte derivado deu o último (pelo menos até o momento) e decisivo passo na estruturação de um sistema de controle de constitucionalidade de cunho puramente abstrato. Trata-se, aqui, da *Reforma do Judiciário*, derivada da Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004.

Dois foram o eixos a guiar as mudanças estabelecidas na reforma constitucional de 2004. Primeiramente, queria-se expurgar da magistratura a indesejável marca do compadrio e do acobertamento a macular a imagem de algumas corregedorias estaduais, lenientes ao extremo com os desvios de conduta de seus juízes. Para isso, criaram-se simultaneamente o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, destinados a supervisionar a atividade correcional de ambas as carreiras, valendo-se, no limite, da avocação de processos em curso nas instâncias inferiores. O segundo eixo estruturante destinava-se a desafogar o Poder Judiciário, diminuindo a quantidade de processos ajuizados anualmente em todos os foros do país e, em especial, no STF. Por fim, pretendia-se encerrar uma das mais graves deficiências de nosso sistema judicial: a “falta de uniformidade e consequente imprevisibilidade das decisões”²⁷⁴.

A quadra na qual se arquitetou tal alteração era particularmente grave. A avalanche de processos que desaguava no Supremo Tribunal Federal, gigantesca desde sempre, atingira níveis verdadeiramente alarmantes. Se em 1988, ano de promulgação da Constituição, o protocolo de 21.238 processos (média de menos de 2.000 processos por ministro) já se revelava assustador, em 2002 o STF batia seu próprio recorde de recebimento de feitos, com impensáveis 160.453 processos (média de mais de 14.500 por ministro). A inviabilidade operacional da Suprema Corte, antes conjecturada apenas como receio, adquiria uma angustiante aparência de profecia concretizada²⁷⁵. Era necessário, pois, repensar a forma de atuação do Supremo Tribunal Federal.

²⁷⁴ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 81.

²⁷⁵ Na verdade, a explosão quantitativa de processos julgados pelo STF era, desde a promulgação da Constituição de 1988, uma tragédia que apenas esperava para acontecer. Com efeito, as discussões judiciais acerca de certas demandas como “planos econômicos, sistema financeiro da habitação, Fundo de Garantia

I.7.5.2 A introdução do princípio da duração razoável do processo

O primeiro passo para atingir o resultado pretendido foi acrescentar mais um direito fundamental ao já extenso rol previsto no art. 5º da Constituição Federal. Agora, o ordenamento jurídico constitucional garantia a todos, seja no âmbito judicial, seja no âmbito administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”²⁷⁶. Estava estabelecido o denominado *princípio da razoável duração do processo*.

Era evidente, contudo, que a mera introdução de um novo direito fundamental no rol de garantias do cidadão não resolveria o problema do congestionamento processual das cortes do país em geral e do STF em particular. Seria necessário estruturar uma série de mecanismos destinados à implementação prática dessa nova diretiva. E o legislador constituinte derivado não deixou por menos.

I.7.5.3 O problema dos efeitos das ações de controle abstrato

Logo à partida, a EC nº. 45/2004 buscou corrigir o imbróglio causado pela EC nº. 3/2003, no que toca aos efeitos das decisões proferidas em sede de Adin e ADC²⁷⁷. Agora, “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”²⁷⁸. Com isso, restou esvaziado qualquer discussão acerca da constitucionalidade do art. 28 da Lei nº. 9.868/99. Sobre ele e o estado de inconstitucionalidade existente até o advento da Emenda Constitucional nº. 45/2004, lançou-se o manto diáfano do esquecimento²⁷⁹.

por Tempo de Serviço – FGTS, índices de reajuste do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, podem explicar com certa plausibilidade a multiplicação de demandas”, uma vez que o modelo processual brasileiro “trata cada controvérsia judicial instaurada como um processo singular” (CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1382).

²⁷⁶ Cf. art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

²⁷⁷ Para a crítica a esse imbróglio, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 284.

²⁷⁸ Cf. art. 103, §2º, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45/2004. O grifo é nosso.

²⁷⁹ Para a crítica, cf. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 236 e ss.

Se por um lado a reforma constitucional resolveu a questão quanto aos efeitos da Adin, tornou ainda mais grave a discussão relativa às decisões proferidas em sede de ADPF. Uma vez que a EC nº. 45/2004 não disse palavra sobre os efeitos da decisão resultante do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, é no mínimo discutível entender que, “por via indireta”, o constituinte teria autorizado o legislador ordinário a fazê-lo²⁸⁰. Na verdade, a inconstitucionalidade ínsita ao §3º do art. 10º da Lei nº. 9.882/99 resulta ainda mais evidente depois da reforma constitucional de 2004²⁸¹.

O pretexto de parte da doutrina – e de seu próprio criador – é de que, como o legislador constituinte teria deixado ampla margem de conformação para a ADPF, nada impediria que se regulasse, também por lei ordinária, os seus efeitos²⁸².

Todavia, o argumento é claramente malabar. Apesar de parte da doutrina defender a possibilidade de extensão do efeito vinculante pelo legislador ordinário, não parece ser compatível essa tese com o atual texto constitucional²⁸³. Como efeito, o legislador não dispunha “de um ‘cheque em branco que pudesse preencher a seu talante’”²⁸⁴. Se os efeitos das decisões proferidas em controle de constitucionalidade não são reserva de constituição, por que razão alterou-se o §2º do art. 102 da CF/88, de modo a conferir efeito vinculante e *erga omnes* à Adin?²⁸⁵ Se a matéria está ao alcance do legislador ordinário, por que “legitimar-se” o disposto no art. 28 da Lei nº. 9.868/99 por meio da Emenda Constitucional nº. 45/2004? Seria mera redundância tal alteração do texto constitucional? Parece evidente que não.

I.7.5.4 A criação da súmula vinculante e da repercussão geral

Além de pretender corrigir a confusão relativa aos efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, o legislador constituinte derivado arquitetou dois instrumentos destinados a racionalizar o controle difuso de

²⁸⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 331.

²⁸¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 285.

²⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 101.

²⁸³ CUNHA JR., Dirley. **Controle de constitucionalidade**, cit., p. 294.

²⁸⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 325.

²⁸⁵ Celso Bastos esquiva-se da controvérsia, ao afirmar que mesmo antes da EC nº. 45/2004 o juiz já estava adstrito ao pronunciamento do STF, “sob pena de afronta à autoridade do julgado do Supremo Tribunal Federal” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 584). Em que bases se sustentaria a vinculação do magistrado à decisão antes da mudança constitucional? Sobre isso, o citado jurista não pronuncia palavra.

constitucionalidade. São eles a *Súmula Vinculante* e a *Repercussão Geral em Recurso Extraordinário*²⁸⁶.

Prevista no novíssimo art. 103-A da Constituição Federal, a súmula vinculante permite ao STF, “de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”. Através dela, confere-se ao STF a faculdade de atribuir a “decisões tomadas reiteradamente em controlo concreto” algo parecido com uma “eficácia interpretativa alargada”, circunstância que a aproxima “das decisões adotadas em controlo concreto”²⁸⁷. Consagra-se, dessa forma, “uma notável verticalização da jurisprudência constitucional”, cujo ápice é o STF²⁸⁸.

De outra banda, introduziu-se o §3º ao art. 102 da Carta de 1988, a determinar que “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. Introduz-se, assim, uma nova condição de admissibilidade do recurso²⁸⁹, ao tempo em que se abandona, de forma aparente, o paradigma vigente desde a Constituição de 1891, segundo o qual o recurso extraordinário é antes do mais um instrumento destinado à tutela do direito da parte, para adotar novo critério, que sem dúvida maximiza a sua feição objetiva²⁹⁰.

Associadas em conjunto, a súmula vinculante e a repercussão geral compõem aquilo que se pode chamar de “*ideologia do caso concreto*”, isto é, retiram “um elemento de generalização dos casos que permite identificar os marcos que compõem a história constitucional do direito”²⁹¹. Trata-se da tentativa mais radical até aqui de colocar um freio ao avanço incommensurável de processos julgados pelo STF.

²⁸⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os princípios do processo constitucional**, cit., p. 335.

²⁸⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 286.

²⁸⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1378.

²⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 553.

²⁹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1406.

²⁹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1408. Grifo do original.

I.8 Em conclusão: o estado da arte no controle de constitucionalidade

Observada toda a evolução do sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis no Brasil, verifica-se que, hoje, há fundamentalmente seis instrumentos destinados a sindicarem a compatibilidade das normas com a Constituição Federal, cada qual com sua função específica, a saber:

- 1 – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação: ação de controle abstrato, destinado a julgar a incompatibilidade de norma infraconstitucional com a Constituição;
- 2 – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: ação de controle abstrato, cujo objetivo é verificar a compatibilidade do vazio normativo com o chamado “programa constitucional”;
- 3 – Ação Declaratória de Constitucionalidade: ação de controle abstrato, destinada a definir desde logo, com efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, a constitucionalidade de determinada norma federal;
- 4 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ação de controle abstrato, com o mesmo escopo de atuação da Adin e da ADC, tendo, no entanto, objetos sindicáveis diversos;
- 5 – Mandado de Injunção: remédio constitucional de controle concreto, destinada a escrutinar omissões inconstitucionais, embora com âmbito de aplicação mais restrito do que a Adin por omissão; e
- 6 – Recurso extraordinário: instrumento recursal, cujo objetivo é submeter à apreciação do Supremo Tribunal Federal decisões de cortes inferiores acerca da (in)compatibilidade de normas infraconstitucionais com o texto constitucional.

Afora esses instrumentos processuais, destaca-se ainda a existência da súmula vinculante, instrumento paranormativo de uniformização jurisprudencial, e da reclamação, instrumento processual de implementação de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, através do qual se permite o acesso direto das partes à jurisdição constitucional.

Como esses instrumentos relacionam-se e de que modo está estruturada a prática jurisprudencial do STF ao utilizá-los, é matéria que será analisada no capítulo seguinte.

II – A ABSTRATIZAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

II.1 Conceito de abstratização

Embora não haja margem para comparar o processo de transformação dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade, por exemplo, ao princípio da vedação do retrocesso social, tanto cá como lá pode-se dizer que viceja um “caos terminológico” profundamente criticável²⁹². Há, por exemplo, quem fale em “objetivação do recurso extraordinário”²⁹³. Há, também, quem defenda a “transcendência dos motivos determinantes no controle difuso”²⁹⁴. E há, por fim, aqueles que advogam a “predominância do controle concentrado em relação ao controle difuso”²⁹⁵.

Falar-se em “objetivação do recurso extraordinário” revela certo descaso quanto ao estudo desse fenômeno. Afinal, objetivo é o recurso extraordinário desde sempre²⁹⁶. Tampouco há margem para reduzir o fenômeno à transcendência dos motivos determinantes”, visto que abstratização nada tem a ver com a teoria segundo a qual pessoas não vinculadas ao processo devem obediência “não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir”²⁹⁷. Por fim, a predominância do controle concentrado em relação ao difuso diz respeito ao modo com o qual essas duas modalidades de fiscalização se interrelacionam, mas não revela nada sobre a convolução do segundo no primeiro²⁹⁸.

É forçoso reconhecer, entretanto, que todas essas expressões remetem a um só conceito: o processo de *homogeneização dos efeitos* das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle concreto aos das decisões prolatadas em sede de controle abstrato de normas. Se antes era cediço que os efeitos da declaração de

²⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 441.

²⁹³ DIDIER JR., Freddie. Transformações do recurso extraordinário. In FUX, Luiz; NERY JR. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e constituição. Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006, p. 116.

²⁹⁴ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10ª ed. São Paulo: Método, 2006, p. 231.

²⁹⁵ AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodium, 2008, p. 109.

²⁹⁶ Nesse sentido, cf. MEDINA, José Miguel Garcia; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 227 e ss. Cf. também CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Op. Cit.*, p. 1382.

²⁹⁷ De acordo com a Teoria dos Motivos Determinantes, a Administração e os particulares devem obediência não somente ao dispositivo da decisão, mas, também, aos *motivos que o determinaram*, os quais seriam igualmente dotados de força obrigatória geral. Em resumo, de acordo com esse entendimento, deve-se obediência “não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 207).

²⁹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os princípios do processo constitucional**, cit., p. 339.

inconstitucionalidade pronunciada incidentalmente em um caso concreto produziam somente efeitos *inter partes*, agora é possível identificar que “os mesmos efeitos do controle abstrato – *erga omnes* e vinculante” passaram a operar em processos de “fiscalização concreta de constitucionalidade”²⁹⁹. Com isso, algo que parecia definido e incontroverso – os efeitos das decisões proferidas em um (concreto) e outro (abstrato) modelo de fiscalização de constitucionalidade – passou a se tornar turvo e duvidoso.

Embora prevaleça na doutrina o termo *abstrativização*³⁰⁰, opta-se, para efeito deste trabalho, pelo termo *abstratização*. Tal designação remete ao adjetivo “abstrato”, ao qual corresponde o verbo “abstratizar”³⁰¹, assim compreendido como a “ação ou resultado de abstratizar, de tornar abstrato ou de expressar como abstrato”³⁰². Esse é o termo que, a rigor, “melhor exprime a ideia de aproximação dos efeitos dos modelos concreto e abstrato”³⁰³.

II.2 O Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade

No mundo contemporâneo, a existência de uma justiça constitucional transformou-se praticamente numa “premissa teórica do constitucionalismo moderno”. Isso porque não se concebe um Estado no qual não se estabeleçam “limites ao poder político como forma de assegurar o seu correto e regular exercício”³⁰⁴. O Brasil, como tal, não fugiu a essa regra.

²⁹⁹ GONÇALVES, Tadeu Hutler. **A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade no Brasil e em Portugal**. Lisboa: BFDUL, 2010, p. 88-89.

³⁰⁰ V., por exemplo os casos de Leandro Gonçalves Magaldi (MAGALDI, Leandro Gonçalves. **Justiça constitucional e abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade no Brasil**. Lisboa: BFDUL, 2009); Larissa Castilho Cogo (COGO, Larissa Castilho. **Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade: Análise do art. 52, inciso X, da CF/88**. Porto Alegre: BPUC/RS, 2012), Paulo Bruno Rodrigues Domingos (DOMINGOS, Paulo Bruno Rodrigues. A abstrativização do controle difuso constitucional e suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da FA7**, Fortaleza, v. IX, n. 1, p. 153-162, abr. 2012), Blanco de Moraes (MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 405), Anderson Ricardo Gomes (GOMES, Anderson Ricardo. **Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8306. Acesso em 17.11.17) e de Tadeu Hutler Gonçalves (GONÇALVES, Tadeu Hutler. Op. Cit., p. 1).

³⁰¹ Para a referência ao verbo “abstratizar”, cf. CORREIA, Fernando Alves. Op. Cit., p. 240.

³⁰² A definição é do Caldas Aulete.

³⁰³ GONÇALVES, Tadeu Hutler. Op. Cit., p. 90.

³⁰⁴ (URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**, cit., p. 9). Em sentido contrário, pode-se argumentar que em determinados países, como a França e a Inglaterra, “a vivência dos direitos fundamentais pôde ser praticamente assegurada no século XX sem rupturas temporais significativas”, a despeito da inexistência de uma “justiça constitucional” nesses países (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 169).

Como se viu no capítulo anterior, o ordenamento jurídico brasileiro encerra um dos mais abrangentes e controversos modelos de fiscalização de constitucionalidade de normas do mundo ocidental³⁰⁵. No Brasil, coexistem, a um só tempo, os modelos concentrado e difuso de constitucionalidade³⁰⁶. Na parte concentrada, o Supremo Tribunal Federal faz as vezes de Corte Constitucional, à semelhança do modelo austríaco de jurisdição constitucional³⁰⁷. É dele a competência exclusiva para, no plano federal, declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas com eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*. Todavia, à diferença do paradigma kelseniano, no Brasil também todo e qualquer juiz pode declarar, no caso concreto, a inconstitucionalidade de normas³⁰⁸. Com efeitos meramente *inter partes*, a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos pelos demais órgãos do Poder Judiciário vincula, em princípio, apenas as partes envolvidas no processo. Eis a razão pela qual, ao lado do modelo concentrado, diz-se que no Brasil existe também um modelo difuso de controle de constitucionalidade, à semelhança do modelo americano³⁰⁹.

Além de ser o órgão encarregado de dar a última palavra em matéria de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal ainda julga as causas que lhe chegam pela via difusa, pronunciando-se sobre o mérito das questões e não somente sobre as questões constitucionais subjacentes às demandas³¹⁰. Vigora no Brasil, portanto, um típico sistema de *substituição*³¹¹. Ante esse acúmulo de funções, diz-se que o STF desempenha, simultaneamente, as funções de *Corte Constitucional* e de *Suprema Corte*³¹².

³⁰⁵ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 27.

³⁰⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamentos sobre os passos de uma evolução subjectivista. In CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; e GOMES, Januário da Costa. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Coimbra: Almedina, 2003, p. v.5, p. 89.

³⁰⁷ (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 21). Deve-se registrar, contudo, que parte da doutrina contesta até mesmo que o STF tenha sido estruturado como verdadeiro órgão de jurisdição constitucional, embora reconheça nele exemplos vários de atuação criativa no campo do Direito. Nesse sentido, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O paradoxo da justiça constitucional**, cit., p. 20.

³⁰⁸ Sobre o tema, a lição de André Ramos Tavares: “No Direito brasileiro conta com legitimidade para suscitar a questão do descumprimento da Constituição qualquer das partes de um processo judicial em curso (sem trânsito em julgado da decisão de mérito), em qualquer classe de processo (civil, penal, trabalhista, eleitoral, militar), tipo (de conhecimento, declaratório, constitutivo ou condenatório, ou ainda de execução, ou mesmo cautelar), em qualquer rito (ordinário ou sumaríssimo), em qualquer Justiça (estadual ou federal) e perante qualquer grau de jurisdição (em todas as instâncias)” (TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento preceito fundamental**, cit., p. 286).

³⁰⁹ Nesse sentido, cf. BONAVIDES, Paulo **Curso de direito constitucional**, cit., p. 327.

³¹⁰ Afinal, se o Supremo Tribunal Federal funciona como guarda da Constituição, “seria no mínimo inconsequente” que não dispusesse da “última palavra” em matéria de interpretação do texto constitucional (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 181).

³¹¹ Nesse sentido, cf. a Súmula 456 do STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o Direito à espécie”. Por essa razão, o “STF não constitui uma Corte de Cassação”. Quando examina um recurso extraordinário, o Supremo “julga a causa, reformando ou

Em sua feição “corte constitucional”, o Supremo Tribunal Federal assume, nas palavras do constituinte de 1988, a função de “guarda da Constituição”³¹³. A grande diferença entre o Tribunal Constitucional como “legislador negativo”³¹⁴ e o Tribunal Constitucional como “guarda da Constituição” reside no exemplo da reiteração da inconstitucionalidade pelo Parlamento. Se uma lei X é aprovada e não ultrapassa o teste de validade com o texto constitucional, tem-se seu imediato expurgo do ordenamento. No que toca ao primeiro caso, a consequência seria a mesma, seja o Tribunal Constitucional um “legislador negativo” ou um “guarda da Constituição”. Na reiteração, contudo, o resultado é potencialmente diverso. Se o Tribunal atua como “legislador” – “negativo”, que o seja –, nada impediria que a decisão no segundo caso pudesse resultar em decisão diversa, no sentido da validade da lei. Mas, se consideramos o Tribunal Constitucional como “guarda da Constituição”, a decisão no segundo caso deverá, por imperativo lógico-jurídico, ser a mesma, salvo se o próprio texto constitucional tiver sido objeto de alteração. A grande distinção, portanto, passa pelos critérios de conveniência e oportunidade que rondam o conceito de “legislador”, ao passo que a função de guarda da Constituição impõe uma atuação plenamente vinculada, jungida aos estritos limites definidos pelo legislador constituinte originário³¹⁵.

anulando a decisão recorrida”. Não se trata, portanto, de somente “cassar o julgado”, mas, sim, de “re-julgar” o que foi decidido pelas instâncias inferiores (DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Comentários ao art. 102, inc. III, da CF/88. In MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1280). Aqui, manifesta-se radical distinção em relação ao modelo português, no qual o Tribunal Constitucional, em controle concreto, limita-se a definir a interpretação e a constitucionalidade de uma determinada norma a ser seguida pelas instâncias inferiores, sem, contudo, julgar o mérito da demanda. Para a distinção entre os sistemas cassatório, de substituição e intermédio, Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**, t.2, cit., p. 618-619.

³¹² (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 178-181). Na função de Corte Constitucional, ao STF compete processar e julgar as causas de fiscalização abstrata de constitucionalidade, através de três instrumentos: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Em todos os casos, a decisão prolatada possui eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*, a extrapolar, portanto, os limites do processo. Como Suprema Corte, ao STF compete processar e julgar as causas que lhe chegam através do controle concreto de constitucionalidade, exercido de forma difusa pelos tribunais de todos o país. Fá-lo, nesse caso, principalmente através do Recurso Extraordinário (Op. Cit., Loc. Cit.).

³¹³ Cf. art. 102, caput, da Constituição Federal de 1988.

³¹⁴ É importante destacar, contudo, que, no modelo espalhado pelo continente europeu, praticamente já nenhum país adota o conceito de tribunal constitucional com funções de “legislador negativo”, a proferir decisões com efeitos *ex nunc*. À semelhança da teórica norte-americana, segundo a qual a lei inconstitucional representa uma contradição em termos, porque a lei inconstitucional não é lei de forma alguma (WILLOUGHBY, Westel Woodbury. **The constitutional law of the United States**. New York: Westel, 1910, v.1, p. 9-10), as decisões declaratórias de inconstitucionalidade são dotadas de efeitos *ex tunc*, operando a extinção *ab initio* da norma impugnada. Por isso mesmo, “o termo ‘modelo europeu’ acaba por não se releva tão desadequado como poderia parecer” (URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 75).

³¹⁵ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 46. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

No que toca ao controle concreto de constitucionalidade, existem fundamentalmente duas modalidades de atuação do Supremo Tribunal Federal: o *recurso extraordinário* e o *mandado de injunção*. O primeiro destina-se a sindicat julgamentos de inconstitucionalidade realizados por tribunais inferiores. O segundo, para controlar omissões legislativas inconstitucionais no âmbito federal³¹⁶. Para além desses dois instrumentos, há também o curioso caso do *habeas corpus*. Embora constitua originalmente um remédio constitucional de cabimento ultra-restrito, destinado tão-só a pessoas com foro por prerrogativa de função, a praxe jurisprudencial brasileira acabou por alargar em demasia suas hipóteses de cabimento, permitindo a praticamente qualquer cidadão alcançar o STF através do ajuizamento sucessivo de diversos *habeas corpus*.

Com efeito, a estruturação de um sistema *misto* do controle de constitucionalidade não é estranha no mundo ocidental. Não há, a rigor, qualquer obsolescência em um modelo que combine controle concreto de base difusa e abstrato em via concentrada. Muitos estados mesclam instrumentos de controle difuso e controle concentrado. De certa forma, pode-se até afirmar que se configura “irrealista falar-se hoje em dia em modelo difuso ou norte-americano e, sobretudo, em modelo concentrado ou austríaco”. Mesmo na Áustria já se tornou passado o modelo idealizado por Kelsen. Isso porque, desde 1975, a legitimidade para questionar a constitucionalidade de determinada norma foi estendida, ainda que de maneira restrita, a todos os órgãos judiciais de 2º grau. Ou seja: a experiência “pura” do pensador austríaco sequer mais existe, uma vez que nem mesmo em seu país original persiste a “estrita separação entre o tribunal constitucional e os tribunais comuns”. A tendência de adoção de controle de constitucionalidade mistos ou compostos (“justapostos”) é, de resto, a regra adotada tanto em Portugal quanto no Brasil³¹⁷.

O problema, claro, é a maneira com a qual se conformam esses instrumentos. Em alguns casos, como em Portugal, o sistema parece apresentar uma real combinação harmônica de mecanismos. No Brasil, ao revés, o sistema estrutura-se de forma caótica, em níveis de sobreposição por vezes difíceis de compreender³¹⁸. Como já foi alertado pela doutrina, a combinação entre os modelos concentrado e difuso de

³¹⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 507.

³¹⁷ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 34. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento da referida doutrinadora.

³¹⁸ (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os princípios do processo constitucional**, cit., p. 326-327). Não por acaso, o Prof. Blanco de Moraes assenta que, embora a Constituição de 1988 tenha recebido originariamente inspiração portuguesa, o modelo desenhado *a posteriori* para o sistema brasileiro “projectou-o muito para além da matriz lusitana”, daí resultando “um dos modelos mais avançados e mais controversos entre os paradigmas de direito comparado” (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 507).

constitucionalidade ou incrementa a eficácia do sistema ou conduz à “sua própria implosão”³¹⁹.

Todavia, quando o sistema concentrado é ladeado pelo sistema difuso, a tendência natural é de que o primeiro sobreponha-se ao segundo³²⁰. Talvez mesmo por causa disso, temos assistido no Brasil a um verdadeiro “alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada”³²¹, com a introdução de novos mecanismos cujo propósito indisfarçável é o de ampliar as hipóteses de decisões com caráter vinculante e *erga omnes* proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se, sem dúvida, de algo preocupante³²².

II.3 Controle de constitucionalidade em *civil law* e controle de constitucionalidade em *common law*

Outra questão de suma relevância diz respeito ao tipo de ordenamento escolhido por determinada sociedade para regular as normas de convivência entre os particulares e o Estado, e entre os particulares entre si. A isso resume-se a alternativa entre um sistema de *civil law* e um sistema de *common law*.

Em primeiro lugar, há de compreender-se que o controle de constitucionalidade é matéria estranha a determinados países. Embora a maior parte da doutrina tenha como “um dado adquirido” a prevalência das normas constitucionais sobre as demais, não é exato que seja assim em toda a parte³²³. Em alguns países adeptos da *common law*, a própria idéia de controle de constitucionalidade não faz sentido. Na falta de uma constituição escrita, “não há lugar para a instituição de um mecanismo de fiscalização da constitucionalidade”³²⁴. Isso porque a justificativa mesma do controle de constitucionalidade é a supremacia da constituição, isto é, o fato de a constituição ocupar o topo do ordenamento jurídico. Se não há constituição formal e rígida, qualquer norma aprovada pelo parlamento terá o mesmo *status* e dignidade da norma constitucional.

³¹⁹ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 577.

³²⁰ Isso porque “toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 89).

³²¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 67.

³²² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 67.

³²³ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 25.

³²⁴ CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 58.

Portanto, mesmo que lhe seja frontalmente contrária, pode perfeitamente substituí-la. Disso decorre que a supremacia nessa qualidade de sistema reside no parlamento, não na constituição³²⁵.

Em segundo lugar, deve-se ter em mente que o sistema de matriz anglo-saxônica funda-se basicamente na precedência das decisões juízes, visto que nele são os juízes que fazem as leis³²⁶. Mais do que um sistema consuetudinário puro, vigora aqui um sistema com caráter eminentemente “judicialista”³²⁷, no qual os juízes assumem o papel de “heróis culturais, até mesmo de figuras paternas”³²⁸. Não causa espécie, portanto, que, especialmente nos Estados Unidos, os tribunais tenham “assumido essa supremacia no próprio plano das fontes do Direito”, em que pese a “ausência de previsão constitucional expressa”, pois tal poder deveria ser encarado como “atividade normal e típica da função judicial”³²⁹.

De outra banda, o sistema de matriz continental, como é o caso brasileiro, assenta-se em leis de caráter geral, aprovadas por um parlamento dotado de legitimidade democrática direta. E serão essas leis que basearão a solução para os litígios concretos levados a juízo. Trata-se, pois, de um sistema “normativista”, herança indiscutível “de uma concepção estatal do Direito”³³⁰.

Se à primeira vista essa distinção pode parecer frívola ou desimportante, na verdade ela possui reflexos muito profundos na forma de estruturação do Poder Judiciário e mesmo no modo com o qual são selecionados os juízes. Como nos países adeptos da *common law* os juízes participam diretamente na produção normativa, o recrutamento dos profissionais recai principalmente sobre aqueles que se dedicam à atividade forense (os chamados *barristers*). Nesse cenário, embora preponderem “a qualidade técnica e o prestígio adquirido no exercício” da profissão, os critérios de seleção envolvem também “inequivocamente a ideologia de cada um”³³¹. Desse modo, posto que os juízes tenham “especiais deveres de imparcialidade em relação às partes no processo,

³²⁵ CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 58.

³²⁶ Essa primazia está de tal forma arraigada no sistema que não seria estranho concluir que o estudo do próprio Direito Constitucional nos Estados Unidos centra-se mais nas decisões da Suprema Corte que interpretam a Constituição daquele país do que no próprio texto constitucional. Nesse sentido, cf. FARNSWORTH, E. Allan. Op. Cit., p. 163.

³²⁷ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 90

³²⁸ MERRYMAN, John Henry; e PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An introduction to the legal systems os Europe and Latin America**. 3ª ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 34.

³²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 147.

³³⁰ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 90.

³³¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., 776.

não têm muito que zelar pela preservação de uma imagem de neutralidade em face das grandes opções políticas ou sociais”³³². Por isso mesmo, na maioria dos países adeptos dessa modalidade, os juízes são indicados ou diretamente pelo Parlamento ou pelo Chefe de Estado, sem que sua nomeação esteja necessariamente ligada “às carreiras judiciárias”³³³.

Já no caso dos países adeptos da matriz romano-germânica, a situação estrutura-se de maneira inteiramente oposta. Dado que os juízes compõem-se de “profissionais de carreira, selecionados em princípio entre recém licenciados, através de concursos públicos e por critérios exclusiva ou predominantemente técnicos (concurso público, curso, estágio)”, as preferências políticas do julgador são excluídas à partida. Em verdade, o juiz do *civil law* será tanto melhor quanto mais nebulosas ou desconhecidas forem suas posições ideológicas³³⁴.

Por outro lado, é certo que nos países que optam por uma constituição rígida³³⁵, susceptível de alteração somente por um meio diferenciado e mais rigoroso de processo legislativo, sobrevém a necessidade de um procedimento para controle da adequação das normas infraconstitucionais à lei constitucional. Caso a nação opte por uma constituição do tipo rígida, a presença do controle de constitucionalidade passa a ser algo obrigatória³³⁶. De fato, faz pouco sentido estabelecer uma constituição como *norma das normas* e não se prever um mecanismo de exercício de fiscalização dessa supremacia normativa³³⁷. Ficar-se-ia na estranha situação de afirmar-se determinado *locus* normativo superior e, ao mesmo tempo, não dispor de instrumentos disponíveis para censurar o desrespeito à hierarquia normativa³³⁸.

³³² FIGUEIRA, Álvaro Reis. Ser, dever ser e parecer – Notas sobre a deontologia dos juízes: da disciplina ao aparecimento de códigos de conduta. In **Revista Sub Judice**. nº. 32. p. 9-21. Lisboa: Almedina, jul./set. 2005, p. 11.

³³³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., 776.

³³⁴ FIGUEIRA, Álvaro Reis. Op. Cit., p. 13. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

³³⁵ Para o conceito de constituição rígida, cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 39-40.

³³⁶ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 60.

³³⁷ É o que afirma, por exemplo, o Prof. Marcelo Rebelo de Sousa, ao dizer que “o princípio da Constitucionalidade não implica apenas a formulação de juízos de inconstitucionalidade, com as consequências primárias e laterais que apontamos. Ele envolve, simultaneamente, a consagração de mecanismos destinados a assegurarem a verificação de inconstitucionalidade, de modo a não restarem dúvidas acerca da desconformidade da conduta inconstitucional e a poderem ser activados alguns dos efeitos da desvalorização jurídica daquela conduta” (SOUSA, Marcelo Rebelo. **O valor jurídico do acto inconstitucional**, cit., p. 19).

³³⁸ “Se bem observarmos o processo constituinte, não será difícil constatar que, lógica e cronologicamente, primeiro se afirma a superioridade do Poder Constituinte, que se transmuta, ao se projetar para o plano jurídico, na ideia de supremacia formal das normas a serem por ele elaboradas. Em um segundo momento, surgirá a Constituição, enquanto produto da elaboração constituinte, dando origem a uma ordem jurídica

Por esse motivo, pode-se concluir que ambos os sistemas – *civil law* e *common law* – representam modelos de estruturação inteiramente díspares e francamente incompatíveis entre si. Em um sistema codificado, a primazia é a do “pensamento abstrato e dedutivo”. Estabelecem-se premissas com vistas a obter conclusões baseadas em processos fundamentalmente lógicos, cujo ponto de partida é uma norma de caráter geral aprovada pelo Parlamento. Em um sistema de matriz consuetudinária, obedece-se a um raciocínio baseado em especial nas circunstâncias concretas, voltado à solução de casos particulares, algo natural dada a matriz “essencialmente jurisprudencial do Direito”³³⁹.

E a questão que fica é: há realmente um processo de *abstratização* dos efeitos controle concreto de constitucionalidade brasileiro?

II.4 Controle concreto x controle abstrato

Para responder a essa questão, faz-se necessário entender exatamente do que se está a tratar.

Quando se institui um modelo de fiscalização de constitucionalidade, deve-se atentar para o *papel* que se pretende exigir do encarregado dessa missão. Deverá o juiz constitucional ser um “*juiz do legislador*”, assim compreendido como aquele ao qual compete “a fiscalização abstracta da constitucionalidade das normas legislativas”? Ou deverá ser o juiz constitucional um “*juiz dos juizes*”, competindo-lhe aferir a “conformidade constitucional das decisões judiciais na resolução dos casos concretos”³⁴⁰?

No primeiro caso, teremos aquilo que se convencionou denominar de *controle abstrato*, assim entendida a fiscalização efetuada de forma *objetiva*, isto é, sem considerar os interesses subjetivos eventualmente postos em causa³⁴¹. A questão constitucional é, pois, a questão principal do processo³⁴². Temos, a rigor, um “processo

composta sob o influxo da regra estrutural da supremacia hierárquica das normas constitucionais. Ora, não seria admissível que o Poder Legislativo ordinário, enquanto Poder constituído, pudesse alterar as normas integrantes da Constituição, sob pena de apagar por completo o atributo da supremacia formal” (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 42). No mesmo sentido, o Prof. Marcelo Rebelo de Sousa assevera que “uma consequência primária da inconstitucionalidade é, em regra, a desvalorização da conduta inconstitucional, sem a qual a garantia da Constituição não existiria” (SOUSA, Marcelo Rebelo. **O valor jurídico do acto inconstitucional**, cit., p. 15-19). Por isso mesmo, o princípio da constitucionalidade demanda um ordenamento em que “uma conduta contrária à Constituição não possa produzir cabalmente os exactos efeitos jurídicos que, em termos normais, lhe corresponderiam” (Id., ib.).

³³⁹ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 89-90. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

³⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 165. Itálicos do original.

³⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 918.

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. **controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 50.

sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição (*Verfassungsrechtsbewahrungsverfahren*)”³⁴³. O que se pretende é a “preservação ou a reconstituição da constitucionalidade objectiva”³⁴⁴. Há um requerente, mas não há um requerido³⁴⁵. Daí porque se cuida de um processo unilateral e não-contraditório³⁴⁶.

Na segunda hipótese, teremos o chamado *controle concreto*, através do qual o julgamento da questão constitucional dá-se *incidenter tantum* e com efeitos apenas *inter partes*³⁴⁷. A resolução acerca da inconstitucionalidade da norma é secundária à lide. Por isso, fala-se também na análise da questão constitucional sob *via de defesa*³⁴⁸ ou *via de exceção*³⁴⁹. Todavia, dessa decisão depende o mérito da demanda. Por isso, há uma relação de *prejudicialidade* entre aquela e este, tendo a primeira de ser decidida antes do segundo³⁵⁰. Não por acaso, o controle incidental será sempre, “em maior ou menor escala”, um controle de “natureza concreta”³⁵¹.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido de maneira preponderante pelo Poder Judiciário. E, sob esse prisma, assume viés indiscutivelmente *sucessivo*. Em regra, o controle exercido pela justiça constitucional operará sempre *a posteriori*³⁵². O controle de natureza preventiva dá-se quase que exclusivamente através dos órgãos de representação política: Executivo – através do veto do Presidente da República – e Legislativo – através de suas Comissões de Constituição e Justiça³⁵³.

Dentro dessa sistemática, o constituinte de 1988 optou por uma mescla nas vias de processamento das questões constitucionais. Em um mundo no qual geralmente se opta por um modelo de controle de constitucionalidade difuso ou norte-americano e um modelo concentrado ou austríaco³⁵⁴, no Brasil optou-se por ambos: coabitam em nosso país

³⁴³ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento preceito fundamental**, cit., p. 315.

³⁴⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, t. 2, p. 313.

³⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, cit., p. 250.

³⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., 250.

³⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 49.

³⁴⁸ Nesse sentido, cf. BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. Op. Cit., p. 62.

³⁴⁹ Nesse sentido, cf. DRAGO, Guillaume. **Contentieux constitutionnel français**. 3ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2011, p. 36.

³⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 93.

³⁵¹ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 77.

³⁵² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 539.

³⁵³ (CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit., p. 427). Há, ainda, a estranha hipótese do mandado de segurança, que vem sendo utilizado por parlamentares com assento no Congresso Nacional para barrar a tramitação de projetos que atentem contra cláusulas pétreas da Constituição. Tal possibilidade, contudo, é meramente residual, além de suscitar diversos questionamentos a nível doutrinário e jurisprudencial. Para maior aprofundamento, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 49.

³⁵⁴ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 30-31.

o controle *abstrato* (também chamado de controle por *via direta*) e o controle *concreto* (também conhecido como *incidental*)³⁵⁵.

Não que isso seja exclusividade brasileira. Longe disso. Há uma tendência indiscutível de rejeição a um modelo “puro”, isto é, exclusivamente de matriz estadunidense, ou exclusivamente de matriz austríaca. Ao contrário, há uma generalização cada vez mais evidente de uma mescla entre os dois modelos de controle de constitucionalidade, com adoção de mecanismos específicos de um e outro sistema para conferir amplo espaço de escrutínio de normas inconstitucionais³⁵⁶. Há até mesmo quem considere inevitável aceitar a conclusão de que não há mais lugar para “discussões sobre as vantagens recíprocas de cada um dos modelos tradicionais”, pois o que importa é entender a justiça constitucional como instrumento de garantia dos direitos fundamentais, residindo na “indissociabilidade destes dois pólos” o ponto de partida para “superação do anacronismo entre modelos”³⁵⁷.

De modo geral, no entanto, a grande distinção entre o controle por via incidental e o controle por via direta reside na eficácia do provimento jurisdicional proferido pelo órgão encarregado da fiscalização judicial da inconstitucionalidade. Na primeira hipótese, a natureza vinculante da decisão encontra-se ínsita à sistemática dos precedentes judiciais, aplicáveis a casos futuros mediante o recurso ao *stare decisis*³⁵⁸. Na segunda hipótese, a vinculatividade decorre da característica do Tribunal Constitucional como “*juiz do legislador* ou *legislador negativo*”, pois, se o propósito é “assegurar a unidade sem brechas do sistema jurídico”, somente através de um controle normativo de caráter concentrado seria possível promover a “*expulsão* da lei inválida da ordem jurídica”, providência que seria impossível no âmbito de uma fiscalização difusa na qual estivesse ausente a “regra do precedente típica da *common law*”³⁵⁹. Justamente por causa disso, “foi necessário agregar a nota da obrigatoriedade (impositividade) *erga omnes*, própria apenas da decisão legislativa”³⁶⁰. Nesse diapasão, enquanto a fiscalização da inconstitucionalidade pela via concreta “aponta para a existência de uma força livre no sistema”, cujo poder “se irradia e a expande para todos os juízes e tribunais”, seu correspondente abstrato aponta na

³⁵⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas e evolução**, cit., p. 55-56. Para os respectivos conceitos, cf. p. 74-82.

³⁵⁶ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 32-33.

³⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 167.

³⁵⁸ FARNSWORTH, E. Allan. Op. Cit., p. 58-59.

³⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 155.

³⁶⁰ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 94.

direção oposta, isto é, de “uma força de natureza diferente, que se localiza no Supremo Tribunal Federal, de modo singular”³⁶¹.

De maneira recorrente, os doutrinadores procuram enquadrar o processo objetivo no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato, de natureza concentrada. Não há de negar-se, nessa perspectiva, que o controle de constitucionalidade por via de ação, isto é, pela via direta, conforma-se como um “protótipo de um juízo do tipo abstrato”, em razão de ser decidido à vista de “múltiplas e possíveis interpretações e aplicações”, todas elas desvinculadas da análise particular de “algum caso concreto”³⁶².

No Brasil, a decisão prolatada pelo STF em fiscalização concreta não possui, em princípio, força obrigatória geral, necessitando, para tanto, da “intervenção do Senado, o qual pode suspender a vigência da norma julgada inconstitucional com força obrigatória geral”³⁶³. Somente as ações de caráter abstrato são dotadas, em princípio, de semelhante capacidade.

Do ponto de vista estrutural, destarte, pode-se concluir que, de acordo com a sistemática adotada pelo legislador constituinte originário, o processo de fiscalização de constitucionalidade das normas atua a partir de compartimentos estanques: para o controle abstrato, recorre-se à via direta, com concentração de competências no Supremo Tribunal Federal; para o controle concreto, utiliza-se a via difusa, atribuindo-se a todo e qualquer órgão judicial o poder para reconhecer a compatibilidade ou a incompatibilidade de alguma norma infraconstitucional com o parâmetro maior do nosso ordenamento: a Constituição. Para alguns, essa “realidade inversa” expõe a conjugação “de elementos do Direito processual objetivo (e de elementos de abstração)” na fiscalização concreta de constitucionalidade de base difusa, resultando numa “Justiça Constitucional desconcentrada (para além do típico processo objetivo)”³⁶⁴.

Essa estruturação, contudo, não é precisa nem tampouco exata. A rigor, as eventuais “vedações à permeabilidade do concreto” no âmbito da fiscalização abstrata de normas podem representar graves conseqüências ao sistema de controle de constitucionalidade. Isso porque, consciente ou inconscientemente, tal sistemática termina por impor ao Supremo Tribunal Federal “certa cegueira normativa”, a impedir que se reconheçam determinadas inconstitucionalidades. Por outro lado, essa circunstância acaba

³⁶¹ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 577.

³⁶² TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 162.

³⁶³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, t.1, p. 155.

³⁶⁴ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 160. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

por também conceder ao STF certa “isenção de culpa” quanto aos erros praticados no âmbito da jurisdição constitucional³⁶⁵. Fora isso, no caso específico dos processos em controle objetivo de normas, a própria estruturação do sistema terminou por criar “uma condicionante que nitidamente restringe a área e o trabalho decorrente do processo objetivo”, prevalecendo “uma visão inadequada da realidade normativa e do próprio controle abstrato-concentrado”³⁶⁶. Considerando que todos os poderes do Estado estão vinculados ao texto da Constituição, não seria de todo estranho concluir que um sistema que restringisse o alcance da fiscalização da constitucionalidade “à fiscalização da norma legal em abstracto” seria “tão insatisfatório” quanto um sistema no qual essa mesma fiscalização ficasse circunscrita “à apreciação de recursos de decisões dos juízes comuns nos casos concretos”³⁶⁷.

A grande questão, portanto, encontra-se em saber se há de fato verdadeira imiscibilidade entre os sistemas abstrato-concentrado e concreto-difuso, dentro da estruturação proposta pelo constituinte de 1988. Embora ambos os sistemas reconduzam-se a controles judiciais de fiscalização normativa, os controles abstrato e concreto exibem características muito próprias quanto ao modo com o qual são empregados. De acordo com essa visão compartimentada, o controle de natureza objetiva, centrado no Supremo Tribunal Federal, dispensaria a análise de situações concretas, as quais poderiam ser perfeitamente ignoradas. Disso decorreria uma virtual “imunidade do abstrato em relação ao concreto, em termos de controle de constitucionalidade”. Aliás, seria mesmo “injustificável, nessa visão mais lógica, que o processo dito objetivo estivesse a ocupar-se de como manejar o concreto”. O propósito, portanto, seria expurgar os fatos da análise puramente objetiva da compatibilidade de normas com o texto constitucional, funcionando o controle abstrato-concentrado justamente para alcançar esse objetivo³⁶⁸.

Na verdade, a preeminência da Constituição dispensaria, ao menos do ponto de vista conceitual, a existência de um órgão jurisdicional encarregado de efetuar o controle de constitucionalidade das leis. Os exemplos da Holanda e da Nova Zelândia estão aí para demonstrar que não há correlação necessária e inafastável entre primazia da Constituição e uma corte (ou cortes) com feições constitucionais³⁶⁹. Todavia, embora a primazia da Constituição e o controle da constitucionalidade constituam “realidades

³⁶⁵ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 172.

³⁶⁶ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 165.

³⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 166.

³⁶⁸ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 162. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

³⁶⁹ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 19.

independentes”, o fato é que a existência de uma jurisdição constitucional serve com galhardia “para a clarificação do direito, para a salvaguarda da coerência da ordem jurídica e para uma luta eficaz contra os abusos do poder, entre outros motivos”³⁷⁰.

A rigor, o controle difuso coaduna-se melhor com um sistema de *common law*, ao passo que o controle concentrado é mais adequado a um sistema de *civil law*³⁷¹. Isso porque, no sistema de inspiração norte-americana, onde aos juízes compete não só interpretar as leis como também *produzi-las*, o efeito do precedente (*stare decisis*)³⁷² impede a “multiplicação inútil de futuros processos com o mesmo objecto”³⁷³. Aliás, é o mecanismo do *stare decisis* que permite aos juízes americanos preservar a estabilidade das relações jurídicas, ao evitar desvios fundamentados em doutrina exaltando os precedentes jurisprudenciais³⁷⁴. No sistema austríaco, essa solução adveio da impressão de “força obrigatória geral à decisão de inconstitucionalidade em fiscalização concreta”³⁷⁵. Não por acaso. Uma vez que no sistema do *civil law* não socorre a regra do *stare decisis*, haveria sempre o risco de “divergências entre os juízes dos tribunais ordinários quanto à constitucionalidade ou não de uma determinada lei”³⁷⁶.

Mas será que essa afirmação ainda corresponde à realidade? Poderíamos continuar afirmando que, no Brasil, somente as ações diretas possuem aptidão para impor caráter vinculante e efeitos *erga omnes* aos jurisdicionados? Ou será que atualmente as resoluções tomadas nas vias concretas também não disporiam de igual dignidade?

³⁷⁰ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 20.

³⁷¹ Eis a razão pela qual Lênio Streck critica, acidamente, a Constituição de 1891, pois fez com que o Brasil fosse “caudatário de um sistema de controle jurisdicional difuso que funcionava somente *inter partes*” (STRECK, Lênio Luiz. **Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional**, cit., p. 253).

³⁷² (VILE, John R. **A companion to the United States Constitution and its Amendments**. Westport: Praeger, 2006, p. 91). Para a definição do mecanismo, ensina Barroso que: “como se sabe, nos países que seguem a tradição do *common law*, em contraposição aos que se filiam à família romano-germânica, existe a figura do *stare decisis*. Esta expressão designa o fato de que, a despeito de exceções e atenuações, os julgados de um tribunal vinculam todos os órgãos judiciais inferiores no âmbito da mesma jurisdição. Disso resulta que a decisão proferida pela Suprema Corte é obrigatória para todos os juízes e tribunais. E, portanto, a declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto traz como consequência a não-aplicação daquela lei a qualquer outra situação, porque todos os tribunais estarão subordinados à tese jurídica estabelecida. De modo que a decisão, não obstante referir-se a um litígio específico, produz efeitos gerais, em face de todos (*erga omnes*)” (BARROSO, Luís Roberto. **controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 48).

³⁷³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t.1, cit., p. 155.

³⁷⁴ Em razão disso, Elival da Silva Ramos aponta que o sistema inglês e americano não seriam propriamente *costumeiros*, mas *jurisprudenciais*. Daí a força do precedente e a necessidade de respeito ao *stare decisis*, como garantia mesma do sistema peninsular (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 118).

³⁷⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t.1, cit., p. 155.

³⁷⁶ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 73.

II.5 A abstratização do controle concreto

II.5.1 Introdução

O problema, como já se pode intuir de antemão, é que a mescla produzida pelo legislador constituinte originário entre múltiplas variantes de controle de constitucionalidade terminou por aproximar esses dois modelos de estruturação do ordenamento estatal em nosso ordenamento, tornando tênue a linha que os separa no campo estritamente doutrinário.

De fato, desde que países adeptos do sistema codificado resolveram embarcar em sistemas de jurisdição constitucional de raiz kelseniana, a aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law* passou a ser inevitável. O ponto de contato, sem dúvida, reside na autoridade de que se revestem as decisões das cortes constitucionais, alçadas ao “grau máximo de respeitabilidade”, impondo sua eficácia vinculante não só às partes, mas aos juízos de todo o país. Tem-se, pois, uma forma de estabelecer para o próprio Poder Judiciário “um paradigma a ser seguido ou respeitado, quanto à constitucionalidade das leis”. Não há como negar, pois, que essa aproximação existe. No entanto, quando ela ocorre, no mais das vezes ela se dá “de maneira muito genérica e, por isso, imprecisa”. Tal foi o caso brasileiro³⁷⁷.

Como se viu no capítulo anterior, a fiscalização de constitucionalidade no Brasil passou por evidente processo de abstratização. Se antes havia um sistema no qual imperava majestoso o controle concreto de base incidental, sem haver qualquer recurso a ações de cunho abstrato, a legislação constitucional evoluiu passo a passo em direção a uma gama de instrumentos destinados a sindicat normas infraconstitucionais em ações dotadas de amplo poder vinculativo. Do início tímido com a representação genérica de inconstitucionalidade, instituída em pleno regime militar, passamos a um alargamento generoso dessa modalidade com a Constituição de 1988, no qual se sobressaía a ação direta de inconstitucionalidade (por ação ou por omissão), com legitimação ampliada. A posterior introdução da ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação legal da ação por descumprimento de preceito fundamental serviram apenas para colmatar o sistema de controle abstrato, não deixando nenhuma norma à margem da fiscalização direta por parte do STF.

³⁷⁷ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 94-95. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

É certo que essa abstratização implicou também uma concentração de poderes por parte do Supremo Tribunal Federal. No início do período republicano, seu funcionamento encontrava mais semelhanças do que diferenças com o sistema em vigor nos Estados Unidos da América³⁷⁸. O controle de constitucionalidade era exercido de forma difusa por todos os juízes do país. E se a eles cabia dar a “*primeira palavra* em questões de inconstitucionalidade”, à Suprema Corte cabia dar *última palavra* sobre a matéria, sempre com efeitos *inter partes*³⁷⁹. À medida que se criavam novos instrumentos a permitir o julgamento por via direta de questões constitucionais pelo STF, outorgavam-se também competências assemelhadas às das cortes constitucionais de matriz européia³⁸⁰. O Supremo Tribunal Federal brasileiro passou, assim, a exercer dupla função: *Suprema Corte* e *Corte Constitucional*.

Embora não se encontre escrito em lugar algum, o propósito indisfarçável dessa atribuição de maiores competências à mais alta corte do país estava intimamente ligado à necessidade de reduzir a quantidade de processos levados ao seu conhecimento. A crise numérica que já se insinuava no ordenamento constitucional pretérito alcançou patamares inimagináveis com a promulgação da Constituição de 1988. E, como parece evidente, “essa crise manifesta-se de forma radical no sistema difuso, com o aumento vertiginoso de recursos extraordinários (e agravos de instrumento interpostos contra decisões indeferitórias desses recursos)”³⁸¹.

Se por um lado era bom que os cidadãos recorressem mais e mais ao Judiciário para fazer valer seus direitos, por outro esse saudável exercício da cidadania não poderia implicar a inviabilidade funcional do STF. Ao mesmo tempo em que se devia garantir o acesso à jurisdição, seria necessário restringir o volume de processos com trânsito às instâncias superiores. Afinal, nenhuma Suprema Corte ou Corte Constitucional do planeta está habilitada a julgar todos os processos em trâmite nos seus respectivos países.

Ciente disso, o legislador brasileiro começou a pensar em alternativas.

³⁷⁸ Convém destacar, entretanto, que o controle de constitucionalidade norte-americano, ou, como é mais conhecido, o *judicial review of legislation*, nasce como um controle difuso, mas sem amparo expresso no texto constitucional, sendo uma criação jurisprudencial. Nesse sentido, cf. URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 56.

³⁷⁹ MIRANDA, Jorge. **O regime de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal**. Lisboa: BFDUL, 2012, p. 1.

³⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 174.

³⁸¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Op. Cit.*, p. 1382.

II.5.2 Primeiros passos

A primeira forma através da qual o sistema brasileiro procurou encontrar solução para o problema da multiplicidade de demandas foi a importação do conceito de *class actions* do direito norte-americano. Foram introduzidas, uma após a outra, diversas modalidades de ações cujo alcance extrapolaria os limites subjetivos da causa³⁸². Primeiro, a *ação popular* (Lei nº. 4.717/65). Depois, a *ação civil pública* (Lei nº. 7.347/85). Por fim, as ações coletivas propriamente ditas relacionadas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90)³⁸³. A iniciativa, contudo, revelou-se desapontadora³⁸⁴.

No caso da ação popular, seu objeto padecia de restrição originária. Seu propósito era o de pleitear a anulação de atos ofensivos à ordem jurídica, dos quais resultasse lesão ao patrimônio público em geral, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural³⁸⁵. Sua serventia, à vista disso, reconduz-se ao “resguardo da moralidade administrativa e a intangibilidade do patrimônio público”³⁸⁶. Para esse efeito, outorga-se a qualquer cidadão a legitimidade para ingressar com a *actio popularis*, bastando, para tanto, a comprovação da regular condição de eleitor³⁸⁷. Nem mesmo custas eram exigidas para a propositura da ação, as quais somente seriam pagas ao final do processo, acaso vencido o autor da demanda³⁸⁸.

Em relação à ação civil pública, pode-se dizer que seu escopo de aplicação era evidentemente mais amplo do que o da ação popular. Além de poder syndicar atos lesivos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ação civil pública seria cabível para tutelar “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”³⁸⁹. Com uma tal abertura, a ação civil pública passou a

³⁸² Para a inspiração norte-americana das ações coletivas brasileiras, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor interpretado pelos autores do anteprojeto**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 803-805.

³⁸³ Deve-se destacar que, na parte processual, o CDC aplica-se não somente às lides relativas a direito do consumo, mas a toda e qualquer ação coletiva. Nesse sentido, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. Op. Cit., p. 774.

³⁸⁴ CUNHA, Leonardo Carreira da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In Paulsen, Leandro (coord.). **Repercussão geral no recurso extraordinário – Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011, p. 58.

³⁸⁵ Nesse sentido, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 354.

³⁸⁶ BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. Op. Cit., p. 68.

³⁸⁷ Cf. art. 1º, §3º, da Lei nº. 4.717/65.

³⁸⁸ Cf. art. 10º da Lei nº. 4.717/65.

³⁸⁹ Cf. art. 1º, inc. IV, da Lei nº. 7.347/85.

ser empregada “como meio atípico de tutela de direitos sociais”, os quais, em sua maioria, não poderiam sequer ser enquadrados como “direitos difusos”³⁹⁰.

Nada obstante sua legitimação ativa mais restrita, ainda assim o rol de habilitados a propô-la era largo o suficiente para açambarcar grande número de entidades: Ministério Público, Defensoria Pública, pessoas jurídicas de direito público interno e associações constituídas há pelo menos um ano³⁹¹. Todavia, a prática jurisprudencial foi podando os limites de alcance da ação civil pública³⁹², impedindo que ela assumisse características próprias dos processos objetivos, mantendo, por conseguinte, inalterado seu caráter subjetivo³⁹³.

Por fim, as ações coletivas relacionadas às lides consumeristas tinham como pretensão confessa o propósito de importar para o Brasil a mesma sistemática vigente nos Estados Unidos para as chamadas *class actions*³⁹⁴. Reunindo numa só ação os interesses de milhares de consumidores, pretendia-se reduzir a quantidade de processos versando sobre uma só questão. Com efeitos variáveis a depender do tipo de direito envolvido – *erga omnes* para difusos e individuais homogêneos; *ultra partes* para direitos coletivos –, as ações coletivas visavam de forma precípua a evitar a multiplicação redundante de processos, permitindo o julgamento simultâneo da causa para número indeterminado de indivíduos³⁹⁵. Os resultados, entretanto, foram muito pouco palpáveis³⁹⁶.

II.5.2.1 Inviabilidade prática das ações coletivas

³⁹⁰ É o caso, por exemplo, das famosas ações para impor ao Estado o custeio de tratamentos medicamentosos e até mesmo a distribuição de vagas infantis em leitos hospitalares (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 511).

³⁹¹ Cf. art. 5º da Lei nº. 7.347/85.

³⁹² Não se admite, por exemplo, ações civis públicas cujo objeto diga respeito a questões tributárias (independentemente da esfera a que se refiram: municipal, estadual ou federal).

³⁹³ (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 238-239). Há, no entanto, quem se posicione no sentido contrário. Gilmar Mendes, por exemplo, defende que a ação civil pública, por sua forma e natureza, não se confunde com os chamados “processos subjetivos”, pois a parte não atua em nome próprio, mas na garantia da “tutela do interesse público” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit., p. 1169-1170). Essa posição, contudo, já foi rechaçada desde longa data pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que a utilização da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade usurpava a competência constitucional outorgada à Corte. Nesse sentido, cf. STF – Pleno. Rcl nº. 474/SP. Relator: Ministro Francisco Rezek. Julgado em 10.12.93, publicada no DJ de 9.12.94.

³⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. Op. Cit., p. 764.

³⁹⁵ Cf. art. 103 do Código de Defesa do Consumidor. GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. Op. Cit., 813 e ss.

³⁹⁶ CUNHA, Leonardo Carreira da. **A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas**, cit., p. 58.

Em primeiro lugar, as ações coletivas não tinham o alcance que pretendiam seus criadores. Embora servissem com sucesso a um determinado número de pessoas, o resultado da demanda nem sempre consistia na criação de um precedente com força para espalhar-se a casos que ainda não tinham sido ajuizados. Em segundo lugar, as *class actions* brasileiras esbarravam em problemas de ordem teórica e prática de difícil superação, como sua limitada amplitude na discussão de causas de natureza constitucional. A isso acresce que não há no Brasil uma cultura de associação de classes comparável à dos Estados Unidos. Disso resulta limitação natural da quantidade de legitimados a propor tais espécies processuais³⁹⁷.

Para além das limitações teóricas e práticas, as ações coletivas brasileiras trazem consigo um problema estrutural que acaba por depor contra sua utilidade prática. Se por um lado o comando sentencial aplica-se a um número indeterminado de pessoas – o que reduz por implicação direta a quantidade de demandas versando sobre a mesma matéria –, por outro isso não exime os eventuais beneficiados com a sentença do dever de promover a sua liquidação. Em outras palavras, isso significa que, finda a ação coletiva, cada cidadão beneficiado por sua sentença deverá propor uma ação individual, a fim de comprovar sua situação de beneficiado e quantificar o benefício a ser haurido da decisão. Ao fim e ao cabo, a multiplicação redundante de processos não chega a ser exatamente eliminada, mas tão-somente protraída para a execução³⁹⁸.

II.5.2.2 Inviabilidade das ações coletivas como sucedâneo das ações de controle de constitucionalidade

Mas esses certamente não foram fatores decisivos para a conclusão de que as ações coletivas em geral não constituíam solução definitiva para a questão da multiplicidade de processos. O principal problema dizia respeito ao tipo de matéria, ou, mais precisamente, à forma de impugnação através da qual se poderia veicular a pretensão nesse tipo processual.

Com efeito, as ações coletivas, por plúrimas que fossem, jamais poderiam ter como objeto o controle de constitucionalidade de normas. Uma vez que a fiscalização por via direta só existia em sua modalidade concentrada, ajuizada diretamente

³⁹⁷ CUNHA, Leonardo Carreira da. **A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas**, cit., p. 59.

³⁹⁸ CUNHA, Leonardo Carreira da. **A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas**, cit., p. 60.

no STF, toda e qualquer ação coletiva só poderia syndicar atos normativos em caráter concreto, na sua modalidade incidental. Por mais que se quisesse, jamais se poderia esperar que as *class actions* brasileira desempenhassem papel semelhante às ações de controle abstrato de normas, visto que o escrutínio da compatibilidade de atos infraconstitucionais sempre se daria por meio de uma decisão com efeitos *inter partes*. Melhor explicando: como a inconstitucionalidade da norma impugnada não poderia constituir o *pedido principal* da ação coletiva, sua resolução estaria eternamente condenada a uma questão prejudicial. E, como é de conhecimento geral, sobre os motivos da sentença, por mais relevantes que sejam, não recai o manto da *res iudicata*³⁹⁹.

Na verdade, as ações coletivas em geral foram conformadas com o objetivo de postular uma condenação, seja de dar, fazer ou não fazer. Em que pese a autorização de que a parte condenada seja o próprio Poder Público, o pedido principal estará a todo tempo vinculado a uma demanda condenatória. Ainda que essa condenação dependa de análise anterior da incompatibilidade de determinada disposição infraconstitucional com a Carta de 1988, o *dispositivo* da decisão, via de regra, não trará em si providência de natureza declaratória, variedade de pronunciamento a que se reconduz a fiscalização objetiva de normas⁴⁰⁰.

Haverá, claro, quem venha a opor a esse entendimento o novo regramento do julgamento de questões prejudiciais, segundo o qual recairá a autoridade da coisa julgada sobre as matérias decididas em caráter incidental se “dessa resolução depender o julgamento do mérito”⁴⁰¹. O argumento, contudo, não resiste à mais perfunctória análise. Basta observar que a própria legislação processual civil exclui o caráter definitivo que se quer emprestar ao julgamento das questões prejudiciais, ao determinar que a *res iudicata* somente se manifestará nesses casos quando “o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”⁴⁰². Considerando que só existe um juízo no país apto a conhecer de declarações de inconstitucionalidade como questão principal – o Supremo Tribunal Federal –, não resta dúvida de que aos demais órgãos judiciários do Brasil não socorre a necessária competência para formar coisa julgada acerca dessa matéria, mesmo em ações com

³⁹⁹ Cf. art. 504, inc. I, do Novo Código de Processo Civil (correspondente ao art. 469, inc. I, do antigo CPC). Sobre o tema, cf. NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1332-1335.

⁴⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. Op. Cit., p. 797.

⁴⁰¹ Cf. art. 503, §1º, inc. I, do Novo Código de Processo Civil.

⁴⁰² Cf. art. 503, §1º, inc. III, do Novo Código de Processo Civil. Sobre o tema, cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., p. 1323-1324.

potencial para extrapolar seus efeitos além dos limites ordinários da lide, como é o caso das ações coletivas.

No fundo, a tentativa de transformar as ações coletivas em variante das modalidades de controle de constitucionalidade com vistas a diminuir a carga de trabalho do STF estava fadada ao fracasso desde sempre, pois nenhuma dessas ações tinha por pressuposto impugnar a constitucionalidade de atos normativos. Seu escrutínio dava-se, na melhor das hipóteses, de modo incidental, sem que sobre ela recaísse o manto da coisa julgada. Logo, sua eficácia em termos de redução de volume de processos enviados à Suprema Corte era virtualmente nula.

Volveu-se, então, aos mecanismos tradicionais de controle de constitucionalidade das normas estatais. E, dentre todos, sobressaía-se a figura do *recurso extraordinário*.

II.5.3 Recurso Extraordinário

II.5.3.1 Introdução

Como se sabe, existem duas formas de insurgência contra uma decisão judicial. Há, em primeiro lugar, os chamados *meios autônomos de impugnação*⁴⁰³. E há, em segundo lugar, os *recursos*⁴⁰⁴. Embora sejam fundamentalmente a mesma ferramenta no que toca ao objetivo pretendido – reforma ou anulação da decisão atacada –, ambas as variantes possuem um traço distintivo fundamental: enquanto os meios autônomos de impugnação possuem como característica a instituição de uma nova relação processual, cujo objeto é a decisão vergastada, os recursos constituem meio de prolongamento de ação judicial em curso, sem que uma nova seja deflagrada por sua mera interposição. Exemplo recorrente da primeira espécie é a *ação rescisória*, pela qual se pretende obter a declaração de nulidade de sentença ou acórdão já transitado em julgado⁴⁰⁵. Quanto à segunda espécie, a *apelação* ostenta a condição de exemplar maior dos recursos, dada a sua ampla devolutividade, isto é, a capacidade de rediscussão plena do mérito da questão, inclusive com o revolvimento do acervo probatório⁴⁰⁶.

⁴⁰³ MEDINA, José Miguel García; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 33-34.

⁴⁰⁴ NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**, cit., p. 198.

⁴⁰⁵ MEDINA, José Miguel García; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 289.

⁴⁰⁶ MEDINA, José Miguel García; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 33.

Que o recurso extraordinário integra essa segunda categoria de meios de impugnação de decisão judicial, não resta qualquer dúvida. Muito menos pelo nome – “recurso extraordinário” –, mas muito mais pela característica intrínseca de impedir o trânsito em julgado da decisão recorrida⁴⁰⁷. Ao contrário de outros ordenamentos, nos quais o recurso à suprema corte nacional constitui quase um meio autônomo de impugnação⁴⁰⁸ – em muitos casos permitindo até mesmo a execução imediata da sentença recorrida –, o recurso extraordinário detém o poder de prostrar a definitividade da decisão proferida no processo até sua análise pelo Supremo Tribunal Federal. Enquanto isso não ocorrer, a sentença ainda estará sujeita a reforma e, portanto, título executivo judicial não haverá.

Do ponto de vista histórico, o recurso extraordinário é um velho conhecido das constituições brasileiras. Desde que se proclamou a República e o país teve sua promulgada sua primeira carta democrática (1891), o recurso extraordinário sempre esteve lá. Foi ele o responsável pela introdução no ordenamento brasileiro do próprio conceito de *controle de constitucionalidade*, ao estabelecer a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar os casos em que houvesse contrariedade ao texto constitucional ou a declaração de invalidade de normas infraconstitucionais em confronto com a constituição⁴⁰⁹. Desde o início, seu fim precípuo foi o de “assegurar a inteireza do sistema jurídico, que deve ser submisso à Constituição Federal”⁴¹⁰.

Para além disso, o recurso extraordinário assume também a faceta de conferir uniformidade à interpretação do texto constitucional. Se por um lado “o controle difuso tem o mérito de permitir que cada juiz ou tribunal” exerça parcela da jurisdição constitucional, por outro o sistema não pode conviver pacificamente com a “existência de

⁴⁰⁷ NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**, cit., p. 204.

⁴⁰⁸ É o caso, por exemplo, do recurso de amparo espanhol, no qual esse instrumento revela-se como alternativa de “última instância” para a parte lesada em algum direito fundamental (VILLAAMIL, Óscar Alzaga. **Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978**. 2ª ed. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016, p. 706-707).

⁴⁰⁹ Não por acaso, o Prof. Blanco de Moraes assevera corretamente que, *ab origine*, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro foi inspirado no modelo norte-americano (MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 405).

⁴¹⁰ ARRUDA ALVIM, Eduardo. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997, p. 37.

múltiplas respostas acerca da constitucionalidade de uma lei”⁴¹¹. Daí o cabimento do recurso extraordinário com fins de uniformização da aplicação da Carta de 1988⁴¹².

II.5.3.2 Hipóteses de cabimento

Com algumas variantes mínimas, o recurso extraordinário chegou à Constituição de 1988 sem grandes alterações dogmáticas. Seu cabimento continua sendo, em suma, o mesmo de quando ele foi introduzido em nosso ordenamento pela Constituição de 1891. No texto original da Carta de 88, estabeleceu que ele sua interposição seria cabível nas decisões tomadas em única ou última instância quando a decisão recorrida: i) contrariar dispositivo constitucional; ii) declarar inconstitucional tratado ou lei federal; ou iii) declarar válida lei ou ato de governo local em desacordo com a Constituição⁴¹³. Trata-se, portanto, de recurso de fundamentação *vinculada*, pois o leque de opções aberto à parte para interpô-lo é naturalmente restrito⁴¹⁴.

A despeito da relativa estabilidade do recurso extraordinário quanto a seu estatuto jurídico, é necessário destacar uma relevante alteração implementada com a Constituição Federal de 1988. No período constitucional antecedente, ao STF incumbia não somente efetivar o controle de constitucionalidade das normas, mas, também, o controle de *legalidade*. De acordo com a Constituição de 1967/69, cabia recurso extraordinário quando fosse julgada válida lei ou ato de governo local, “contestado em face da Constituição *ou de lei federal*”⁴¹⁵. Agora, tal competência seria repassada ao novo Superior Tribunal de Justiça, que veio a se tornar a instância máxima de interpretação do direito federal no país⁴¹⁶. A idéia, decerto, era a de preservar o Supremo Tribunal Federal como verdadeira corte constitucional, deixando ao STJ a ingrata tarefa de uniformizar o entendimento dos diversos tribunais do país quanto à aplicação da legislação federal⁴¹⁷.

⁴¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1383.

⁴¹² COELHO, Sacha Calmon Navarro. A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal do Brasil – tema novo ou variação recorrente do papel das Supremas Cortes? In PAULSEN, Leandro (coord.). **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 124.

⁴¹³ Cf. art. 102, inc. III, da Constituição Federal de 1988.

⁴¹⁴ Ao contrário, por exemplo, da apelação, na qual a liberdade de fundamentação é ampla, podendo englobar desde o reexame de questões de fato e de análise probatória, até a rediscussão de temas jurídicos. Nesse sentido, cf. ROCHA, José de Albuquerque. Op. Cit., p. 294.

⁴¹⁵ Cf. 113, inc. III, da Constituição Federal de 1967/69. Destaque nosso.

⁴¹⁶ Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 579.

⁴¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 227.

Em relação à parte dogmática, o sentido de contrariar a lei não é de todo estranho à nossa prática recursal. Desde sempre entendeu-se que a lei é descumprida quando o intérprete se distancia da intenção do legislador ou mesmo da finalidade da qual a lei foi imbuída. Por isso mesmo, viola-se a lei não somente quando se a descumpre de maneira direta, mas também quando ocorre má interpretação ou desvio de seu conteúdo normativo⁴¹⁸.

Para além da violação direta à norma constitucional, caberá também recurso extraordinário sempre que tribunais locais ou os demais tribunais superiores derem a dispositivo constitucional interpretação diversa entre si. Não custa recordar que, originalmente, o recurso extraordinário foi introduzido em nosso sistema como mecanismo de salvaguarda da coerência no pronunciamento judicial. Para boa parte da doutrina, a existência de decisões díspares em situações fáticas similares representa verdadeiro atentado contra o princípio da isonomia⁴¹⁹. De acordo com a melhor técnica processual, o ideal será sempre que cidadãos em posição jurídica equivalente obtenham do Estado providência jurisdicional semelhante. Por isso mesmo, deve-se encarar com naturalidade a função do recurso extraordinário de harmonizar a jurisprudência em matéria constitucional.

II.5.3.3 Pressupostos recursais

Afora as hipóteses de cabimento, os pressupostos recursais que governam o recurso extraordinário não diferem em sua essência daqueles exigidos nos demais recursos. Por óbvio, a parte deve ser *legítima*, isto é, ser partícipe da relação processual. Mesmo em caso de recurso de terceiro prejudicado, será necessário demonstrar que o comando sentencial atinge-lhe de alguma forma. Tal qual a legitimidade para propositura da demanda, o recorrente haverá de comprovar sua relação com a causa discutida em juízo, para justificar sua capacidade de exigir o pronunciamento de instância superior sobre a decisão recorrida⁴²⁰.

Também deve a parte possuir *interesse recursal*, ou seja, deve demonstrar que a decisão recorrida de algum modo prejudicou sua esfera jurídica, gerando a chamada *sucumbência* (ainda que parcial). É a esse pressuposto que se reconduz o

⁴¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 112-113.

⁴¹⁹ CUNHA, Leonardo Carreira da. **A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas**, cit., p. 57.

⁴²⁰ DONIZETTI, Elpidio. **Curso didático de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 695.

interesse prático na reforma da decisão, vale dizer, o recorrente tem de comprovar que o provimento do recurso lhe será *útil*. Do contrário, o recurso sequer será conhecido⁴²¹.

De resto, tempestividade, regularidade formal e preparo (quando exigível) reproduzem, no âmbito do recurso extraordinário, as mesmas regras vigentes para todos os demais recursos⁴²².

II.5.3.3.1 Pressupostos recursais específicos

O primeiro pressuposto específico para cabimento do recurso extraordinário diz respeito à sua própria natureza de recurso *extraordinário*, isto é, a discurso que escapa às vias ordinárias de irresignação recursal. É dizer: só caberá recurso extraordinário das decisões tomadas em “última ou única instância”. Para as demais decisões, caberão os recursos ordinariamente previstos na legislação, como a apelação (contra sentenças) e o agravo de instrumento (contra decisões interlocutórias). Tal se dá por duas razões: primeiro, porque, se houver meio mais célere e rápido, é esse que a parte deve utilizar para alcançar o intento pretendido; segundo, porque desde o começo se entendeu que o acesso à jurisdição constitucional, ainda que por meio do controle concreto de constitucionalidade, deve ser medida excepcional, tomada como *ultima ratio* para garantia da higidez do ordenamento. Em outras palavras, isso significa que o STF não deve se ocupar de toda e qualquer questão, mas somente daquelas das quais resulte violação à ordem constitucional. Não se trata de julgar se a decisão prolatada foi justa ou injusta, mas se dela decorreu alguma violação direta ao ordenamento posto. Por essa razão, desde meado do século passado, a Suprema Corte brasileira entendeu que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”⁴²³.

Fora a limitação de instância, o recurso extraordinário exhibe também como requisito específico para seu processamento a necessidade de que haja uma *causa decidida*. Embora à primeira vista a expressão possa parecer redundante – se não há caso decidido, não há como cogitar-se de recurso –, na realidade ela encerra um pressuposto recursal muitas vezes mal compreendido pela doutrina e virtualmente ignorado pela jurisprudência. Quando o legislador constituinte justapôs o adjetivo *decidida* ao vocábulo *causa*, quis precisamente referir que somente os casos em que os tribunais locais – em

⁴²¹ DONIZETTI, Elpidio. **Curso didático de direito processual civil**, cit., p. 695.

⁴²² Sobre o tema, cf. ROCHA, José de Albuquerque. Op. Cit., p. 295-297.

⁴²³ Cf. súmula 279 do STF. Sobre o tema, cf. VILLAR, Alice Saldanha. **Direito Sumular**. Leme: J.H. Mizuno, 2015, p. 815.

única ou última instância – houvessem se *manifestado diretamente* sobre a questão constitucional subjacente seria cabível o recurso extraordinário. Disso decorre, por exemplo, a conclusão de que causas decididas de forma puramente processual, ou seja, *sem resolução do mérito*, não desafiam em princípio recurso extraordinário. Da mesma forma, pode-se concluir que, não havendo pronunciamento dos tribunais inferiores sobre a matéria, não poderá o Supremo conhecer do recurso, pois, se assim o fizesse, provocaria a indesejável *supressão de instância*. Nesse cenário, revela-se condição *sine qua non* para o julgamento de recurso extraordinário a manifestação *expressa e prévia* das instâncias ordinárias sobre a matéria constitucional objeto do recurso. Por isso mesmo, nos casos em que o tribunal silencia sobre a questão, exige-se da parte a interposição de embargos de declaração, a fim de viabilizar o acesso ao recurso extremo⁴²⁴.

II.5.3.4 A questão do prequestionamento

As barreiras erguidas pelo Supremo Tribunal Federal para conter o excesso de recursos que eram endereçados à Corte revelaram-se de pouca valia. Ano após ano, a quantidade de recursos aumentava, atravancando ainda mais o funcionamento do Tribunal.

Uma das primeiras tentativas jurisprudenciais de estabelecer filtros para o enorme volume de recursos extraordinários que alcançavam o STF foi o desenvolvimento da doutrina do *prequestionamento*.

Elaborado a partir de construção jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal, o requisito do prequestionamento impõe à parte recorrente o dever de discutir nas instâncias ordinárias a matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário⁴²⁵. É dizer: somente as causas nas quais a violação à Constituição houver sido efetivamente debatida nos tribunais locais é que se poderá conhecer do recurso extraordinário interposto.

Há quem conteste a versão segundo a qual o prequestionamento deriva de construção jurisprudencial. Para essa parcela da doutrina, trata-se de “requisito inerente aos próprios recursos excepcionais”, haja vista a necessidade de que os tribunais locais

⁴²⁴ AMORIM, Aderbal Torres. **O novo recurso extraordinário**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010, p. 42. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

⁴²⁵ Nesse sentido, cf. VILAR, Alice Saldanha. Op. Cit., p. 792-793.

tenham, de algum modo, tratado do tema⁴²⁶. De todo modo, pode-se afirmar que, mesmo aqueles que rejeitam o prequestionamento como construção jurisprudencial, admitem que a lei nada fala a seu respeito⁴²⁷. Logo, se de fato o prequestionamento emerge da própria natureza extraordinária do recurso, sua constituição dá-se de maneira *implícita*.

Verdade seja dita: o requisito do prequestionamento jamais foi bem aceito pela doutrina processualista⁴²⁸. Para além da inexistência de amparo constitucional ou legal a semelhante imposição, impugnava-se o conteúdo mesmo da exigência. Afinal, se o recurso extraordinário era cabível sempre que houvesse violação direta ao texto constitucional, qual o sentido de exigir-se da parte a demonstração de algo que, em princípio, incumbia a terceiro (o Tribunal local)?

De outra banda, sustentava-se que não seria razoável permitir à parte aceder à mais alta corte judiciária do país sem que demonstrasse ter esgotado, nas instâncias ordinárias, a discussão acerca da questão constitucional suscitada. Não somente pela nobreza inerente do recurso à Suprema Corte, mas, em especial, pela natureza mesma do recurso extraordinário. Se o que se pretende nele é um “rejulgamento” da matéria, como submeter ao crivo do STF algo que sequer fora julgado pelos tribunais locais?⁴²⁹

Nada obstante a discussão doutrinária acerca do prequestionamento, o fato é que mesmo antes da Constituição Federal de 1988 o Supremo Tribunal Federal tinha acolhido sua aplicação aos recursos interpostos. A edição das súmulas nº. 282⁴³⁰ e 356⁴³¹ do STF são exemplo incontestável disso.

Hoje, o mecanismo já se encontra de tal maneira arraigado no nosso sistema recursal que o novo Código de Processo Civil ampliou o entendimento acerca do que seja o prequestionamento, para considerar como prequestionadas as matérias que não hajam sido explicitamente apreciadas pelo tribunal local, desde que os elementos que se desejasse prequestionar houvessem sido incluídos no bojo dos embargos de declaração. Dessa forma, basta à parte interpor embargos declaratórios indicando claramente o

⁴²⁶ RANÑA, Leonardo Fernandes. O prequestionamento no STJ. Uma abordagem da visão atual da Corte das mudanças trazidas pelo Novo CPC. In **Revista de processo**. Vol. 253. Ano 41. p. 331-346. São Paulo: RT, mar/2016, p. 335.

⁴²⁷ Nesse sentido, cf. AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 621.

⁴²⁸ Para a crítica, cf. BUENO, Casso Scarpinella. **De volta ao prequestionamento: duas reflexões sobre o Recurso Extraordinário nº. 298.695/SP**. Disponível em <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/009.pdf>. Acesso em 15 out. 2016, p. 10.

⁴²⁹ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, p. 638.

⁴³⁰ Súmula nº. 282 – É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

⁴³¹ Súmula nº. 356 – O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

dispositivo constitucional violado para que se tenha por satisfeito o requisito do prequestionamento⁴³².

II.5.3.5 Processamento

Assim como no caso dos pressupostos, o processamento do recurso extraordinário não difere muito do previsto para as demais modalidades recursais. Em geral, a parte interpõe o recurso, acompanhado de suas razões e do pedido de nova decisão. Intimada, a parte adversa apresenta suas contrarrazões, contestando os argumentos levantados pela parte contrária. E, tal e qual ocorre nos demais recursos, o juízo no qual o recurso interposto manifesta juízo prévio sobre sua admissibilidade. Essa manifestação preliminar de cabimento em nada afasta a competência originária do Supremo Tribunal Federal para analisar a viabilidade do recurso, pois será ele quem ao final julgará o seu mérito⁴³³.

Todavia, à diferença dos outros gêneros de inconformismo processual, o juízo de admissibilidade prévio do recurso extraordinário não será manifestado pelo órgão prolator da decisão. Na apelação, por exemplo, o próprio juiz que julgou a sentença recorrida será o responsável por admitir ou não o recurso interposto contra ela. No caso do recurso extraordinário, as causas recorridas normalmente foram decididas ou por uma turma do tribunal ou por sua composição plenária. Mas o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário será realizado, via de regra, pelo presidente do Tribunal. Em alguns casos, essa competência é delegada ao vice, por razões de conveniência administrativa⁴³⁴. Mesmo assim, em nenhuma hipótese a admissibilidade do recurso ficará vinculada a juízo prévio do órgão prolator da decisão recorrida. Decerto, tal determinação está relacionada à dignidade do recurso extraordinário, um dos poucos instrumentos recursais que encontra assento na própria Constituição Federal.

Pelo menos até 2004, o destino do recurso extraordinário encerrava seu capítulo de admissibilidade na instância de origem. Aceito, o recurso era enviado ao Supremo Tribunal Federal. Negado, restaria à parte interpor agravo para forçar a subida do

⁴³² Cf. art. 1.025 do Novo Código de Processo Civil. Nesse sentido, cf. RANÑA, Leonardo Fernandes. Op. Cit., p. 343.

⁴³³ AMORIM, Aderbal Torres. Op. Cit., p. 47. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

⁴³⁴ É o que ocorre, por exemplo, no Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Cf. art. 17, §3º, inc. IV, alínea 'a', do Regimento Interno do TRF da 5ª Região.

recurso a Brasília. Em qualquer dos casos, tal juízo seria revisto pela Suprema Corte, única instância competente para julgar definitivamente o recurso.

Tudo mudou, entretanto, quando foi introduzida na sistemática do recurso extraordinário a chamada *repercussão geral*.

II.5.3.6 O mecanismo da repercussão geral

II.5.3.6.1 Introdução

Sem embargo da infinidade de mudanças legislativas destinadas a diminuir a carga de trabalho dos ministros do Supremo Tribunal Federal, todas as tentativas restaram debalde. À medida que os anos se passavam, mais e mais recursos de casos individuais chegavam ao STF. Bastava analisar o histórico estatístico para perceber a inviabilidade funcional da Corte. Da promulgação da Constituição Federal de 1988 até 2002, o número de processos recebidos pelo Tribunal havia subido de já estonteantes 14.721 para ridiculamente obscenos 160.453⁴³⁵. Um salto, portanto, de mais de 1.100%.

Pensando nisso, o legislador constituinte derivado enfim elaborou um mecanismo destinado a “filtrar” o acesso das partes à Suprema Corte brasileira. Agora, além dos pressupostos ordinários desde sempre exigidos, “o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”⁴³⁶.

A repercussão geral veio, portanto, para restringir as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, com o propósito declarado de diminuir a quantidade de processos que chegam ao STF todos os anos. Trata-se, sem dúvida, de uma “resposta darwiniana do sistema jurídico ao modo fragmentário de decidir vigorante no país”⁴³⁷. Essa “racionalização das competências constitucionais da Corte” traduziriam mudança relevante na “concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós”, abandonando

⁴³⁵ Cf. Estatísticas de Processos do STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasseAnosAnteriores>.

⁴³⁶ Cf. art. 102, §3º, da Constituição Federal de 1988.

⁴³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1407.

seu caráter “marcadamente subjetivo” para “assumir a função de defesa da ordem constitucional objetiva”⁴³⁸.

Não que se trate de mecanismo novo. De fato, o instituto da repercussão geral já havia sido insinuado pelo menos por uma vez em nosso ordenamento. No Pacote de Abril de 77, instituiu-se a denominada *arguição de relevância* da questão constitucional, a condicionar o cabimento do recurso extraordinário a específicas hipóteses nas quais a violação resultante da divergência de interpretação normativa pudesse suscitar incompatibilidade verdadeiramente grave com a ordem constitucional⁴³⁹. Mesmo assim, o mecanismo jamais foi bem digerido pela doutrina pátria. Na maior parte dos casos, discutia-se a possibilidade de atribuir ao Supremo Tribunal Federal competência legislante para determinar, por meio de seu regimento interno, quais matérias apresentavam relevância suficiente para merecer o exame da Corte⁴⁴⁰. Ademais, a arguição de relevância distinguia-se na medida em que atuava de forma oposta à da repercussão geral. Enquanto nesta o pressuposto destina-se a impedir a subida de apelo cujo mérito não transcende as partes no processo, naquela o mecanismo servia a permitir o conhecimento de recursos extraordinários *a priori* incabíveis⁴⁴¹. Talvez por isso mesmo, o instituto tenha tido aplicação prática virtualmente nula na jurisdição constitucional. Com o tempo, de tanto ignorá-lo, o Supremo acabou na prática por aboli-lo⁴⁴².

Mas, afinal, o que se deve entender por *repercussão geral*?

II.5.3.6.2 Conceito de repercussão geral

Na realidade, não há o mínimo consenso doutrinário acerca do que se entende por *repercussão geral*. Há, por exemplo, quem entenda que o conceito conjugaria o binômio relevância-transcendência, compreendendo-se a primeira sob uma questão econômica, política ou social, enquanto a segunda seria manifestada quando o deslinde da

⁴³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114.

⁴³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 72.

⁴⁴⁰ Cf. art. 119, §3º, inciso “c”, da Constituição Federal de 1967/69, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 7/77. O dispositivo posteriormente foi regulamentado pelo art. 327 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema, cf. MARTINS, Samir José Caetano. A repercussão geral da questão constitucional (Lei nº 11.418/2006). **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 50, São Paulo: Dialética, maio/2007, p. 95.

⁴⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. Op. cit., p. 30-31

⁴⁴² Deve-se registrar, contudo, que se vivia época bem distinta em matéria de volume de processos. Naquele ano, chegaram ao STF pouco mais de 7.000 processos, menos de um décimo da quantidade atual. Cf. Estatísticas de Processos do STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasseAnosAnteriores>.

querela ultrapassasse o interesse meramente subjetivo das partes no processo⁴⁴³. Há, todavia, quem defenda que a menção à relevância da questão debatida implicaria a ressurreição da arguição de relevância instituída pelo Pacote de Abril de 77, ao passo que a transcendência implicaria indesejável “dessubjetivação” do recurso extraordinário⁴⁴⁴. Há, ainda, aqueles que compreendem o instituto como “pressuposto especial de cabimento do recurso extraordinário”, a impor “que o juízo de admissibilidade do recurso leve em consideração o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade”, circunstância que estará “presente apenas no caso de a decisão de mérito emergente do recurso ostentar a qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência”⁴⁴⁵. E há, por fim, quem elogie a ausência de marco legal sobre a matéria, “porque o referido preceito constitucional estabeleceu um conceito jurídico indeterminado”, deixando “ao julgador a incumbência de aplicá-lo diante dos aspectos particulares do caso analisado”⁴⁴⁶.

Tampouco a nível jurisprudencial há paz conceitual sobre a questão. Para o Ministro Marco Aurélio Mello, por exemplo, a repercussão geral deve ser encarada “com largueza”. A considerar a potencial multiplicação de casos versando sobre a mesma matéria, o instrumento traria a salutar “racionalização do ofício judicante”⁴⁴⁷. O único traço aparentemente pacífico da repercussão geral resulta da conclusão de que o instituto maximiza a feição objetiva do recurso extraordinário⁴⁴⁸.

Há, claro, quem procure desviar-se do problema ao pretender definir a repercussão geral a partir da “transcendência” do *thema decidendum*⁴⁴⁹. Mas o que se entende por transcendência? Quando será admissível entender que a decisão de determinado caso individual poderá afetar outros casos, a justificar sua extensão para litigantes que dele não fizeram parte?

⁴⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral do Recurso Extraordinário**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33-34.

⁴⁴⁴ AMORIM, Aderbal Torres de. Op. Cit., p. 48.

⁴⁴⁵ DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais**. São Paulo: RT, 2008, p. 246-247.

⁴⁴⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei nº 11.418/2006). **Revista de processo**, v.32, n.145, mar. 2007, p. 24-25.

⁴⁴⁷ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio Mello na Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 575.089/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 5.4.08, publicada no DJ de 24.4.08.

⁴⁴⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1406.

⁴⁴⁹ RIBEIRO, Flávia Pereiro. **Conceito e análise da repercussão geral**. Disponível em <https://flaviaribeiro2.jusbrasil.com.br/artigos/121816449/conceito-e-analise-da-repercussao-geral>. Acesso em 7 ago. 2016.

Na verdade, dizer que a repercussão geral equivale à transcendência do tema em causa configura, na mais condescendente das avaliações, uma tautologia metodológica. Para uns, a transcendência estaria presente quando a decisão tivesse a capacidade de atingir número indeterminado de pessoas⁴⁵⁰. Para outros, seria ela o reconhecimento jurisdicional de que a resolução do caso ultrapassa os interesses subjetivos em questão⁴⁵¹. Há quem defenda, também, a possibilidade de reconhecer-se repercussão geral mesmo em casos aparentemente únicos, desprovidos do potencial de multiplicação⁴⁵². Para parte da doutrina, por fim, mesmo quando não houver capacidade de repetição de múltiplos casos idênticos a versar sobre a mesma matéria, deve-se reconhecer e processar o recurso extraordinário, caso se cuide de “direito fundamental, aí incluídos, como se sabe, os direitos e garantias individuais e os direitos sociais, com ênfase na tutela do mínimo existencial”⁴⁵³.

Somadas umas e outras, as explicações concedidas por essas correntes não conduzem o intérprete a algo além da definição vernacular do vocábulo *transcendência*: aquilo que é de grande importância, que transcende, que se projeta para fora⁴⁵⁴. Nada que satisfaça, portanto, a necessidade de uma definição precisa a nível jurídico.

Com efeito, a extrapolação dos limites da lide individual decorre da transcendência da controvérsia posta em juízo, pressuposto que pode ser aferido tanto sob o aspecto quantitativo, como pelo aspecto qualitativo⁴⁵⁵. A questão, portanto, é saber qual dos dois deve ser tomado como parâmetro para definição do que se entenda por repercussão geral. Será quando houver muitos processos a tratar do mesmo tema? Ou bastaria que a controvérsia fosse de tal ordem que colocasse em xeque a presunção de legitimidade da norma em questão?

Para parte da doutrina, a relevância da controvérsia judicial deve ser comprovada por um critério *quantitativo*, ou seja, pelo número de causas em que estivesse

⁴⁵⁰ CAMPOS, Luciana Dias de Almeida. **A repercussão geral: um conceito jurídico indeterminado**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/18381/a-repercussao-geral-um-conceito-juridico-indeterminado>. Acesso em 7 ago. 2016.

⁴⁵¹ SILVA, Bruno Mattos e. **Normatização da repercussão geral em recurso extraordinário**. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95228/REPERCUSS%C3%83O%20GERAL.pdf?sequence=1>. Acesso em 7 ago. 2016, p. 2.

⁴⁵² CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; NETO, Francisco Ferreira Jorge. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1699. Acesso em 10 ago. 2016.

⁴⁵³ MARTINS, Samir José Caetano. Op. Cit., p. 101.

⁴⁵⁴ A definição é do Aurélio.

⁴⁵⁵ MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 37.

sendo discutida a constitucionalidade da norma⁴⁵⁶. Todavia, esse critério conduziria a outro problema: qual é o número de causas necessário para qualificar como relevante uma controvérsia judicial?

Efetivamente, parece muito mais lógico adotar-se um critério *qualitativo* para justificar a existência de repercussão geral em recurso extraordinário⁴⁵⁷. Nesse diapasão, convém recordar que, em controvérsia semelhante relacionada à Ação Declaratória de Constitucionalidade, doutrina e jurisprudência acabaram inclinando-se nessa direção. A bem da verdade, a frustrada tentativa de estabelecer-se um comparativo numérico para aferir-se o cabimento de determinado pressuposto jurídico encerrava “leitura redutora e equivocada” do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro⁴⁵⁸. Daí porque, para que se tenha demonstrada a existência da repercussão geral no caso, deve-se entender que a relevância da controvérsia jurídica é aquela “capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei e, por conseguinte, a eficácia da decisão legislativa”⁴⁵⁹. Assim, um só caso a apontar violação ao texto constitucional, seja por confirmação ou por glosa, pode dar ensejo a recurso extraordinário, desde que haja fundamentos bastantes a justificar a relevância da controvérsia jurídica⁴⁶⁰.

Ainda que não exista conceito definido, do ponto de vista temático a idéia de repercussão geral tem conduzido de maneira quase incontornável à restrição de alcance àquelas matérias geralmente associadas aos ramos que integram aquilo que de ordinário se alinha *Direito Público*. Questões tributárias, previdenciárias e administrativas, ou seja, questões relacionadas diretamente ao interesse do Estado na matéria, tem alcançado primazia na análise do que se possa entender como “repercussão geral”. Por outro lado, os ramos que integram os que os propedeutas costumam chamar de *Direito Privado* têm sido relegados a segundo plano. Não por acaso, nestes constata-se a ausência do Estado como parte litigante no processo, a evidenciar uma discutível preferência dos ministros do Supremo para identificar como de alcance geral somente as ações que contenham interesses estatais em jogo⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro *Curso de direito constitucional*, cit., p. 580-581.

⁴⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 243.

⁴⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, cit., p. 109.

⁴⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, cit., p. 110.

⁴⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 243.

⁴⁶¹ VALCANOVER, Fábio Haselof. A objetivação do recurso extraordinário. Aspectos constitucionais controvertidos da inovação no sistema recursal brasileiro. In *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Ano 1, nº. 2, p. 1175-1224, 2012, p. 1202-1203. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

II.5.3.6.3 Casos de inexistência de repercussão geral

Se por um lado há enorme divergência quanto a saber-se em quais casos há repercussão geral, por outro há alguma orientação quanto aos casos em que tal instituto claramente não se encontra presente. Passada pouco mais de uma década desde sua implementação no ordenamento brasileiro, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal já esboçou certo desenvolvimento de sua própria jurisprudência acerca da aplicação do mecanismo da repercussão geral. Bem ou mal, em algumas hipóteses o Tribunal sedimentou entendimento a afastar a possibilidade de alcance à Suprema Corte, ante a inexistência de transcendência da questão discutida em recurso extraordinário.

Sabe-se, por exemplo, que o Tribunal rejeita a presença de repercussão geral nos casos em que a lide possa ser solucionada pela aplicação da legislação infraconstitucional⁴⁶². Nesse caso, o conhecimento do recurso extraordinário e seu eventual julgamento implicariam, de maneira implícita, a usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça, órgão ao qual incumbe a última palavra em matéria de interpretação da lei federal⁴⁶³.

É sabido, também, que o Supremo rejeita a possibilidade de conferir repercussão geral a casos nos quais a matéria debatida cinge-se ao direito local⁴⁶⁴. Em tais casos, aplica-se de forma mais incisiva o mesmo preceito a reger o não cabimento de recurso extraordinário quando versar sobre matéria atinente à legislação federal. De fato, se não há repercussão geral quando o recurso encerrar discussão que possa ser resolvida por meio de subsunção de norma infraconstitucional de cunho federal, *a fortiori* não deverá reconhecer-se repercussão geral nos recursos extraordinários cuja matéria cingir-se à discussão de leis estaduais ou municipais, dada a natural restrição do âmbito de aplicação da norma.

Por fim, sabe-se que não será reconhecida repercussão geral aos casos fundados em ofensa indireta à obra do constituinte. Nesse ponto, não há grandes comoções, visto que desde sempre o STF entendeu que o recurso extraordinário pressupunha violação direta do texto constitucional, concluindo ser incabível apelo

⁴⁶² STF – Pleno. RE nº. 608.852/RS. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em 29.4.10, publicado no DJ de 2.6.10.

⁴⁶³ Cf. art. 105 e ss. da Constituição Federal de 1988.

⁴⁶⁴ STF – Pleno. RE nº. 588.944/SE. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 12.11.09, publicada no DJ de 13.11.09.

fundado em violação reflexa da Constituição Federal⁴⁶⁵. Caso esse não fosse o entendimento prevalecente, seria possível no limite levar-se qualquer causa a exame da Suprema Corte, pois sempre haveria no mínimo malferimento ao princípio da legalidade⁴⁶⁶.

Se tais constatações não são suficientes para dirimir a controvérsia acerca da definição do mecanismo da repercussão geral, ao menos elas fornecem balizas mínimas a permitir a orientação das partes quanto às hipóteses nas quais o recurso será de pronto considerado incabível.

II.5.3.6.4 Natureza jurídica

Para além da controvérsia acerca de sua própria conceituação, a que se reconduziria em efetivo a chamada repercussão geral? Ou, de maneira mais singela, qual seria a sua *natureza jurídica*?

Que o mecanismo revela “medida restritiva de cabimento” do recurso extraordinário, não resta qualquer dúvida⁴⁶⁷. Afinal, antes da introdução do novo instituto através da EC nº. 45/2004, não se exigia da parte qualquer demonstração de que a questão constitucional suscitada continha relevância suficiente para merecer apreciação da Suprema Corte brasileira. Mesmo assim, é necessário saber se esse “importante mecanismo para reconstrução histórico-institucional do direito”, a revelar uma “generalização minimamente necessária dos casos”, comporta alguma sorte de classificação dogmática⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Por mais de uma ocasião, o STF rejeitou dar seguimento a recursos extraordinários cuja matéria dissesse respeito à análise da legislação infraconstitucional. Nesses casos, entendeu a Suprema Corte que o acolhimento da pretensão implicaria dupla violação à Carta de 1988: a uma, porque resultaria em processamento de recurso à margem do permitido pelo legislador constituinte derivado; e a duas, porque estaria o Supremo usurpando a competência atribuída pelo constituinte originário ao Superior Tribunal de Justiça, instância máxima de uniformização do direito federal. Cf., por exemplo, a Repercussão Geral em Agravo de Instrumento nº 729.263/RS. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 15.8.09, publicada no DJ de 16.10.10, e a Repercussão Geral em Agravo de Instrumento nº 751.763/PR. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 18.9.09, publicada no DJ 18.12.09.

⁴⁶⁶ Cf. art. 5º, inc. II, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o Ministro Cezar Peluso assentou certa feita que “tal fenômeno não autoriza que, para efeitos de admissibilidade de recuso extraordinário, sempre se dê relevo ou prevalência à dimensão constitucional da *quaestio iuris*, sob pretexto de a aplicação da norma ordinária encobrir ofensa à Constituição, porque esse corte epistemológico de natureza absoluta equivaleria à adoção de um atalho que, de um lado, degradaria o valor referencial da Carta, barateando-lhe a eficácia, e, de outro lado, aniquilaria todo o alcance teórico das normas infraconstitucionais, enquanto materialização e desdobramento necessário do ordenamento, destinadas, que são, a dar atualidade, consequência e sentido prático ao conteúdo normativo inscrito nas disposições constitucionais” (Cf. STF – Pleno. AI nº. 764.703/CE. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 17.9.09, publicada no DJ de 15.10.09).

⁴⁶⁷ NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Op. Cit., p. 2329-2330.

⁴⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1408.

O que se busca investigar, em suma, é o aspecto jurídico através do qual se deve analisar a repercussão geral, para só então extrair possíveis conclusões relacionadas ao seu procedimento.

Para parte da doutrina, a repercussão geral define-se como um incidente processual. O instituto revelaria, segundo esse entendimento, uma forma de salvaguardar a compatibilidade da decisão proferida com o modelo constitucional do processo, em especial quanto à necessidade de observância do contraditório, haja vista a sua incontornável influência em outros processos, dos quais as demais partes não são integrantes. Aliás, esse seria o principal traço distintivo da repercussão geral em relação à antiga arguição de relevância, vez que, neste caso, eram dispensáveis a motivação e mesmo a declaração de existência da questão relevante discutida no recurso extraordinário. Na verdade, não havia sequer procedimento instituído, bastando ao STF avocar para si o processo, em manifesto ato de força⁴⁶⁹.

Entretanto, parece mais razoável conceber a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. De fato, a própria dicção do texto constitucional induz a essa conclusão, ao determinar que “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”⁴⁷⁰. De maneira indisfarçável, o mecanismo “integra o juízo de admissibilidade do recurso”, constituindo, portanto, “condição específica de cabimento do remédio”⁴⁷¹. Acaso não reconhecida a repercussão geral, o Tribunal estará autorizado a não conhecer do recurso interposto, pois o recorrente não superou questão preliminar ao julgamento de seu mérito⁴⁷².

O seu atendimento, contudo, não afasta a investigação quanto à presença dos demais requisitos recursais. É dizer: a tão-só presença da repercussão geral não autoriza o Supremo Tribunal Federal a ignorar pressupostos outros que não tenham sido atendidos pelo recorrente⁴⁷³. Eis a razão pela qual, se a parte, por exemplo, não comprovar o recolhimento das custas recursais (pressuposto do preparo), seu recurso não poderá ser conhecido, ainda que a Corte julgue estarem presentes os requisitos de relevância que justifiquem a qualificação de repercussão geral ao caso.

⁴⁶⁹ Nesse sentido, cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5, p. 281.

⁴⁷⁰ Cf. art. 103, §2º, da Constituição Federal de 1988.

⁴⁷¹ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 712.

⁴⁷² THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, cit., p. 716.

⁴⁷³ LAVADA, Filipe Antônio Marchi. A repercussão geral na Constituição Federal e no projeto de lei que acrescenta os arts. 543-A e 543-B ao CPC. In MELLO, Rogério Licastro Torres (Coord.). **Recurso especial e extraordinário: repercussão geral e atualidades**. São Paulo: Método, 2007, p. 92.

Ademais, ao explicitar que a repercussão geral deve ser comprovada por meio de preliminar, o legislador constituinte derivado está a manifestar que sua análise dá-se no âmbito do próprio recurso extraordinário interposto, isto é, dentro dos mesmos autos do processo. Isso afasta, portanto, a idéia de repercussão geral como incidente processual, visto que, para tanto, seria exigível a constituição de novos autos para decidir a questão.

Diante disso, pode-se concluir que a repercussão geral constitui pressuposto processual *intrínseco*, a revelar requisito *objetivo* de cabimento do recurso extraordinário, sem o qual a irresignação não será passível de processamento perante o Supremo Tribunal Federal.

II.5.3.6.5 Repercussão geral x instrumentos análogos no direito estrangeiro

Com as mudanças implementadas pela EC nº. 45/2004, tornou-se incontornável comparar a introdução do mecanismo da repercussão geral com alguns institutos semelhantes previstos em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Do direito norte-americano, colhe-se o *writ of certiorari*. E, no direito alemão, invoca-se a *Verfassungsbeschwerde* (“Queixa constitucional”)⁴⁷⁴.

No primeiro caso, há mais semelhanças do que diferenças entre um e outro instrumento. Como se sabe, vigora no sistema estadunidense um controle incidental de base difusa, no qual todo e qualquer juiz detém a prerrogativa de controlar a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição. Firmada essa competência no célebre caso *Marbury vs. Madison*⁴⁷⁵, à Suprema Corte dos Estados Unidos incumbe definir, em última instância, a constitucionalidade das normas aprovadas pelos parlamentos federal e estaduais.

Todavia, assim como ocorreu no Brasil, o envio excessivo de causas à Suprema Corte norte-americana acabou por sobrecarregar o trabalho do tribunal. Sensível a essa circunstância, o Congresso estadunidense modificou a lei de organização do Poder Judiciário Federal. A partir de então, não seria toda e qualquer causa que seria conhecida pela Suprema Corte, mas somente aquela que contasse com o consentimento de pelo

⁴⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e jurisdição constitucional**, cit., p. 115.

⁴⁷⁵ A despeito de sua inegável importância para a construção teórica do controle de constitucionalidade, não há razão para sacralizar-se o caso *Marbury vs. Madison*. Na verdade, havia pouco consenso doutrinário quanto às bases teóricas sobre os quais se assentou a decisão. Pior. Para parte da doutrina, tratava-se de um “caso eminentemente político”, dado que a decisão teve lugar no “contexto de uma disputa partidária”(URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 57).

menos quatro dos nove juízes do tribunal para seu julgamento⁴⁷⁶. Isso não dispensava a parte, contudo, da exigência de demonstração da relevância da matéria e da circunstância objetiva de que a causa fora julgada em última instância pelos tribunais locais⁴⁷⁷.

Observa-se que, em princípio, tanto a repercussão geral como o *writ of certiorari* possuem a mesma função: diminuir a quantidade de processos levados a julgamento pelas cortes supremas dos respectivos países⁴⁷⁸. Fora isso, os mecanismos assemelham-se também pelo critério subjetivo da relevância da questão posta em juízo, presente tanto na repercussão geral como no *writ* norte-americano. Por fim, ambos também apresentam correspondência no quesito quórum para deliberação, uma vez que a manifestação de menos da metade da composição plenária basta para submeter o caso à apreciação do Tribunal⁴⁷⁹.

Nada obstante as circunstâncias que aproximam os dois institutos, as diferenças entre a repercussão geral e o *writ of certiorari* são marcantes. Em primeiro lugar, há de destacar-se que a análise da relevância da *federal question* envolve juízo puramente discricionário no caso da Suprema Corte dos Estados Unidos⁴⁸⁰, ao passo que a mesma análise elaborada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal é, ao menos em tese, vinculada a requisitos estritos de base jurídica⁴⁸¹. Em segundo lugar, o procedimento empregado para envio da causa a julgamento a cada uma das cortes é inteiramente dessemelhante. Enquanto nos Estados Unidos o recurso em regra costuma seguir seu rumo solitário⁴⁸², no Brasil há verdadeira multiplicidade de recursos versando sobre a mesma matéria, elegendo-se, então, um dentre todos para representá-los perante o Supremo Tribunal Federal⁴⁸³.

⁴⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e jurisdição constitucional**, cit., p. 115.

⁴⁷⁷ MACIEL, Adhemar Ferreira. **Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil**. Revista de informação legislativa, v. 43, n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006, p. 8.

⁴⁷⁸ Como bem observa Reis Novais, tanto em um caso como no outro, a “própria eficácia da prestação da justiça constitucional” depende da introdução de “filtros de acesso à jurisdição suprema”. No entanto, se por um lado isso representa um avanço na capacidade do sistema de oferecer resposta aos diversos problemas que se lhe apresentam, por outro também é certo que tais mecanismos terminam, ainda que indiretamente, por afastar a “característica da *passividade* que seria suposta existir num órgão com a natureza de tribunal supremo da ordem dos tribunais comuns” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 178).

⁴⁷⁹ Curiosamente, tanto na Suprema Corte dos Estados Unidos como no Supremo Tribunal Federal o número de juízes necessários para reconhecer a relevância da matéria é o mesmo: quatro. Isso torna-se ainda mais curioso quando o número da composição total de ambas as cortes é desigual: 9 na norte-americana e 11 na brasileira.

⁴⁸⁰ MACIEL, Adhemar Ferreira. Op. Cit., p. 10.

⁴⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 110-111.

⁴⁸² FARNSWORTH, E. Allan. Op. Cit., p. 59-65.

⁴⁸³ SILVA, Bruno Mattos e. Op. Cit., p. 14.

Por fim, o efeito do pronunciamento manifestado por cada um dos tribunais não encontra paralelo em seu correspondente. Da Suprema Corte norte-americana exsurge uma decisão singular, restrita às partes do processo, mas que, por força do *stare decisis*, configura-se em *precedente* para utilização eventual em casos futuros⁴⁸⁴. Do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, advém uma decisão de caráter plúrimo, aplicável não só aos diversos processos em curso, mas extraindo indiscutível vocação para incidir em casos vindouros⁴⁸⁵.

No segundo caso, a repercussão geral parece não encontrar pontos de contato com a *Verfassungsbeschwerde* direito germânico. Desde logo, a ação constitucional de defesa alemã destina-se a sindicat qualquer forma de violação, seja comissiva ou omissiva, enquanto a fiscalização omissiva escapa ao âmbito de aplicação do recurso extraordinário, presente o mandado de injunção para essa espécie de fiscalização de constitucionalidade⁴⁸⁶. É certo, porém, que a queixa constitucional alemã impõe, à semelhança do recurso extraordinário, prévio esgotamento das vias ordinárias para seu manejo⁴⁸⁷. Mesmo assim, a ação constitucional de defesa movimenta-se dentro do sentido de urgência, considerado o pressuposto de risco de lesão irreparável a direito fundamental do autor, requisito ausente no recurso extraordinário⁴⁸⁸.

Conclui-se, portanto, que, a despeito das semelhanças com o *writ of certiorari* do direito norte-americano e com a queixa constitucional alemã, a repercussão geral encerra pressuposto processual ímpar, que não encontra paralelo em nenhum dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental.

II.5.3.6.6 Temporalidade da exigência

Uma das primeiras questões a resolver na questão da repercussão geral foi a temporalidade de sua exigência. É dizer: seria preciso definir *a partir de qual momento* o Tribunal poderia exigir à parte a demonstração da transcendência de sua irresignação para justificar o processamento do recurso.

⁴⁸⁴ Aliás, é sempre bom recordar que o sistema de *stare decisis* indica apenas que um caso semelhante que venha a surgir no futuro “provavelmente será decidido da mesma forma” (FARNSWORTH, E. Allan. Op. Cit., p. 58).

⁴⁸⁵ SILVA, Bruno Mattos e. Op. Cit., p. 17.

⁴⁸⁶ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 36-37.

⁴⁸⁷ HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida. In HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69. No mesmo sentido cf. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 36.

⁴⁸⁸ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 36.

Como o instituto carecia de regulamentação a nível infraconstitucional, de repercussão geral não se cogitou até o advento da Lei nº. 11.418/06, que introduziu os artigos 543-A e 543-B no antigo Código de Processo Civil. De acordo com essa norma, os dispositivos em questão gozariam de *vacatio* de sessenta dias, findos os quais o dispositivo passaria a ser aplicável imediatamente a todo e qualquer processo⁴⁸⁹. Portanto, a considerar-se o marco legal, a preliminar relativa à repercussão geral seria exigível aos recursos interpostos face a decisões publicadas a partir de 20 de fevereiro de 2007. Em que pese o assento constitucional da norma e sua regulamentação a nível legal, o Supremo entendeu que somente após a publicação da Emenda Regimental nº. 21 (a 3 de maio de 2007) era possível demandar tal exigência, haja vista a suposta necessidade de regramento regimental da matéria⁴⁹⁰.

Se por um lado o Supremo pareceu condescendente com a aplicação da exigência de preliminar repercussão geral, por outro subverteu por completo pressupostos básicos da lei processual quanto à aplicação de novos regramentos a casos *sub judice*. De fato, tal foi a pressa do Supremo Tribunal Federal em diminuir sua carga de trabalho que devolveu aos tribunais de origem os recursos extraordinários interpostos e já remetidos ao STF, desde que ainda não houvessem sido distribuídos. Trata-se de providência tomada à revelia de uma das garantias mais basilares do processo: o dos “direitos adquiridos processuais”⁴⁹¹.

Como se sabe, tanto no processo civil⁴⁹² como no processo penal⁴⁹³, vigora o princípio da aplicação imediata da lei processual⁴⁹⁴. De acordo com esse postulado, aplica-se a lei nova a todos os processos em curso, ressalvados os atos já praticados sob a égide da lei anterior. No caso dos recursos, resguarda-se à parte que já os interpôs a garantia de que eles serão julgados segundo o regime vigente à época da interposição⁴⁹⁵. Em sede de repercussão geral, isso significaria que de nenhum dos

⁴⁸⁹ Cf. arts. 3º e 4º da Lei nº. 11.418/06.

⁴⁹⁰ STF – Pleno. AgRg no RE 569.476/SC. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em 2.4.08, publicado no DJ de 25.4.08.

⁴⁹¹ A expressão foi cunhada pela primeira vez por Galeno Lacerda (cf. LACERDA, Galeno. **O novo Direito Processual Civil e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 13).

⁴⁹² Cf. art. 1.046 do Novo Código de Processo Civil.

⁴⁹³ Cf. art. 2º do Código de Processo Penal. Nesse sentido, cf. LIMA, Valdir. **Aplicação da lei processual penal no tempo e no espaço**. Disponível em <https://limavaldir2007.jusbrasil.com.br/artigos/487494199/aplicacao-da-lei-processual-penal-no-tempo-e-espaço>. Acesso em 4 abr. 2016.

⁴⁹⁴ NOBRE JR., Edilson Pereira. Aplicação da lei processual no tempo: os honorários de sucumbência e a Fazenda Pública. In **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Volume 88, n. 2, p. 165-180, jul./dez. 2016, p. 168.

⁴⁹⁵ LACERDA, Galeno. Op. Cit., p. 14 e ss.

recursos extraordinários interpostos antes da alteração legislativa poderia exigir-se a apresentação de preliminar de repercussão geral.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, através de duas portarias editadas por seu presidente, resolveu ignorar a segurança jurídica e as garantias processuais previstas aos recorrentes⁴⁹⁶. Devolveu, então, milhares de processos cujo conteúdo veiculasse matéria referente a repercussão geral em recurso representativo já selecionado. Assim, produziu-se uma situação bizarra: por meio de medida administrativa (portaria), ultrapassaram-se garantias legais e constitucionais para reduzir a quantidade de processos em tramitação na Suprema Corte. Tudo em nome, claro, da “racionalidade” de trabalho do STF.

Processualmente, no entanto, o momento de verificação do atendimento ao requisito da repercussão geral no recurso extraordinário não suscita maiores discussões doutrinárias ou jurisprudenciais. De acordo com o entendimento já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, dar-se-á a análise da presença ou não de repercussão geral no processo entre a análise da satisfação dos requisitos de admissibilidade do recurso e o seu julgamento de mérito. Em verdade, não faria sequer sentido discutir se há ou não repercussão geral no caso se o recurso em questão não preencher requisitos mínimos para seu processamento. Caso estes estejam ausentes, o recurso deverá ser liminarmente negado pelo relator, circunstância que tornará, por imperativo lógico, prejudicada a discussão acerca da repercussão geral do recurso⁴⁹⁷.

II.5.3.6.7 Procedimento

Do ponto de vista procedimental, a repercussão geral não suscita maiores problemas.

À vista do disposto no comando constitucional, não restam dúvidas de que o recorrente deverá demonstrar a viabilidade do recurso de maneira explícita, uma vez estar claro na disposição a regra de que a repercussão geral deve constituir preliminar do recurso. Como se sabe, as questões preliminares devem constituir *tópicos autônomos* dentro da petição, isolados do restante da irresignação recursal. Tal se dá não somente por questões topográficas, mas, sobretudo, por razões jurídicas. Afinal, as questões

⁴⁹⁶ Portarias n.ºs. 177/2007 e 138/2009.

⁴⁹⁷ Nesse sentido, cf. o AgRg no RE n.º. 577.838/PR. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 8.9.09, publicada no DJ de 9.10.09; e o AgRg no AI n.º. 755.104/SP. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 31.8.10, publicada no DJ de 1.º.10.10.

preliminares devem, por definição, ser analisadas *antes* do mérito recursal. Se constituírem por si mesmas óbice, o recurso não será processado e, portanto, de seu mérito não se poderá cuidar. Por isso mesmo, jamais pareceu viável defender-se algum modo de fundamentação implícita da repercussão geral. Do contrário, estaria havendo manifesto descumprimento da norma legal e constitucional.

A exigência é de tal sorte que nem mesmo nos recursos nos quais a repercussão geral esteja, por concessão legal, presumidamente presente – violação a súmula ou a jurisprudência dominante da Corte – o recorrente estará isento de apresentar em preliminar a justificação para processamento de sua irresignação. Ainda que a repercussão geral tenha sido reconhecida anteriormente em processo similar, deverá o recorrente arguir essa circunstância na preliminar de seu recurso. Se não proceder assim, seu recurso será liminarmente rejeitado⁴⁹⁸.

II.5.3.6.8 Quórum de deliberação

A estruturação do instituto da repercussão geral possui algumas incongruências potencialmente problemáticas e até mesmo contraditórias, sob a perspectiva de celeridade processual. Talvez a principal delas – que escapou a boa parte da doutrina – diz respeito ao quórum estabelecido para a decisão de preenchimento ou não dos requisitos para processamento do recurso.

Com efeito, a dicção constitucional é inequívoca ao determinar que somente se negará seguimento ao recurso extraordinário desprovido de repercussão geral por decisão de dois terços de seus ministros. *Ipsa facto*, isso implica dizer que a análise do atendimento da parte recorrente a tal pressuposto depende, antes, da análise da questão pela composição plenária do STF. Isso porque somente o pleno do Supremo, como tal, é órgão que permita a constituição desse quórum, pois as turmas funcionam cada uma com cinco ministros.

Uma vez que a decisão sobre a admissibilidade do recurso está sujeita à deliberação do plenário do Supremo Tribunal Federal, é natural entender que também o julgamento do mérito da questão terá de operar-se pelo pleno do STF. Não seria crível, nem sob o ângulo jurídico, nem sob o ângulo prático, sujeitar a admissibilidade do recurso a um órgão (pleno), para depois submetê-lo a julgamento de mérito por outro órgão

⁴⁹⁸ AgRg no RE nº. 569.476/SC. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em 2.4.08, publicado no DJE de 25.4.08.

(turma). Além da impossibilidade jurídica de cingir-se entre dois órgãos o julgamento da causa durante o seu transcurso, haveria ainda outra questão prática: a qual das turmas competiria julgar o recurso admitido pelo plenário?

Argumenta-se, não sem alguma razão, que nisso reside o sentido mesmo da repercussão geral em sede de recurso extraordinário. Haja vista que o instituto veio para enobrecer o julgamento de causas individuais pelo STF, nada mais natural do que submeter as causas cuja resolução importarão grave impacto político, econômico ou social ao escrutínio do órgão mais elevado do Supremo⁴⁹⁹.

Se isso é verdade por um lado, por outro observa-se grave inconveniente prático. Causas que antes eram submetidas a duas turmas julgadoras, e, por conseguinte, julgadas duas vezes mais rápido, agora ingressam na estonteante fila dos processos a serem julgados pelo plenário da Suprema Corte. Dessa forma, não seria de todo equivocado concluir que, ao invés de solucionar o problema do atravancamento institucional do STF, a repercussão geral acaba por agravá-lo de maneira exponencial, haja vista que mais e mais processos serão afetados ao órgão máximo de deliberação da Corte, já por demais sobrecarregado com uma quantidade avassaladora de processos.

Fora isso, ainda que se entenda possível cometer-se ao plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento da repercussão geral, e às turmas a decisão sobre o mérito do recurso, tal não se daria sem riscos à boa prestação jurisdicional.

Evidentemente, a análise sobre a existência ou não da repercussão geral tem lugar, indiscutivelmente, no pleno do STF, isto é, pela composição da totalidade de seus ministros. Todavia, caso o julgamento do mérito do recurso extraordinário se dê por suas turmas, o recurso seria julgado por somente cinco ministros⁵⁰⁰. Tal circunstância pode apresentar graves complicações de ordem prática.

Imagine-se, por exemplo, determinado recurso extraordinário cuja repercussão geral seja submetida a julgamento do pleno do Supremo Tribunal Federal. Ao final, por 6 votos a 5, reconhece-se presente a repercussão geral, enviando o caso ao julgamento de uma das turmas da Corte. Imagine-se, agora, que os 5 votos contrários à admissibilidade do extraordinário componham exatamente a turma que julgará o recurso. Disso resulta a perturbadora conclusão que, se o plenário da Suprema Corte não alcançar a maioria qualificada de 2/3 para rejeitar a existência da repercussão geral, é possível que o julgamento do mérito seja confiado a 5 ministros que sequer entendiam cabível o recurso.

⁴⁹⁹ SILVA, Bruno Mattos e. Op. Cit., p. 2.

⁵⁰⁰ CUNHA, Leonardo Carreira da. Op. Cit., p. 65.

Parece claro que tal circunstância prejudicaria em muito a viabilidade de provimento do recurso, visto que dificilmente os ministros vencidos na questão preliminar mudariam de idéia quanto ao mérito do apelo.

Por isso mesmo, sem embargo do potencial risco de aumentar a sua sobrecarga de trabalho, seria mais prudente confiar ao plenário do Supremo tanto a decisão quanto à existência de repercussão geral quanto o julgamento do mérito do recurso.

II.5.3.6.9 Presunção de repercussão geral

A primeira conclusão a alcançar-se após se observar a questão do *quórum* de deliberação é a de que milita em favor da parte uma *presunção* de que seu recurso atende ao requisito da repercussão geral. Ora, se somente por votos de *dois terços* dos ministros do Supremo Tribunal Federal pode-se afastar a existência de repercussão geral, resta claro que seu reconhecimento dá-se em caráter apriorístico, pois basta a manifestação favorável de quatro integrantes do STF (pouco mais de 1/3) para que o recurso tenha seguimento. Isso significa que, até prova em contrário, o recurso extraordinário interposto *tem* repercussão geral, salvo se maioria qualificada do STF entender em sentido contrário.

É de destacar-se que apenas em poucos e excepcionais casos a Constituição ou a legislação ordinária obrigam a observância do quórum qualificado de oito ministros para determinado pronunciamento do Supremo. É o caso, por exemplo, da edição da própria súmula vinculante⁵⁰¹. É o caso, também, da modulação dos efeitos da decisão em sede de controle abstrato de normas⁵⁰². Em ambos os casos, parte-se do pressuposto de que a posição a ser adotada conduzirá à manutenção do *status quo*, ou seja, à não aprovação da súmula vinculante ou à modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A mesma lógica parece reger a repercussão geral.

À parte a natural presunção de repercussão geral para qualquer recurso extraordinário interposto, há ainda hipóteses para as quais a própria lei reconhece de antemão o atendimento desse pressuposto processual. Trata-se, aqui, dos casos de contrariedade a súmula ou a jurisprudência dominante do Tribunal, ou, ainda, quando houver decisão anterior em caso símile a reconhecer a existência de repercussão geral⁵⁰³. A

⁵⁰¹ Cf. art. 103-A, da Constituição Federal de 1988.

⁵⁰² Cf. art. 27, da Lei n°. 9.868/99.

⁵⁰³ Cf. art. 323, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

intenção evidente do legislador seria prestigiar a segurança jurídica, espelhada na pretensa uniformidade das decisões judiciais⁵⁰⁴.

É possível, também, entender admissível o julgamento do caso por uma das turmas do STF sem anterior submissão do caso ao plenário. Considerando que a norma constitucional estabelece quórum qualificado para rejeição liminar do recurso extraordinário, não seria demasiado insólito concluir que milita em favor do recorrente a presunção de que a alegação de repercussão geral é procedente⁵⁰⁵. Dessa forma, não seria esdrúxulo admitir que as turmas do STF conhecessem diretamente do pedido recursal, admitindo, de maneira implícita, a existência de repercussão geral no caso concreto⁵⁰⁶. *A fortiori*, pode-se admitir que, nos casos de repercussão geral não admitida, os ministros do STF – e até mesmo os presidentes dos tribunais de origem (locais ou superiores) – decidam monocraticamente a inadmissibilidade do recurso⁵⁰⁷.

II.5.3.6.9.1 Crítica à presunção de repercussão geral

À partida, pode-se questionar a presunção de repercussão geral a partir do pressuposto mesmo de sua existência. Em outras palavras, saber se uma decisão contraria ou não súmula ou jurisprudência dominante do STF constitui exatamente o mérito do recurso interposto. Portanto, a adequação da argumentação do recorrente – que alega a violação – à situação jurídica de fato existente – saber se a alegação é procedente – não pode ser analisada sob uma ótica preliminar, mas somente no exame meritório da questão⁵⁰⁸. Isso significa que, por via transversa, toda vez que o Supremo deixar de reconhecer a existência de repercussão geral por inexistência de ofensa a súmula ou a jurisprudência dominante da Corte, estará na verdade analisando o argumento de fundo levantado pelo arguente, não o atendimento a um pressuposto processual específico do recurso. Da mesma forma, caso se reconheça a violação de súmula ou de jurisprudência dominante e, por conseguinte, admita-se o recurso, está-se por obliquamente a julgar-se de maneira antecipada o seu mérito. Para que houvesse de fato uma “presunção” nessa matéria, seria necessário conceber uma sistemática recursal através da qual todo e qualquer recurso extraordinário seria automaticamente recebido, dependendo de prova da parte

⁵⁰⁴ LAVADA, Filipe Antônio Marchi. Op. Cit., p. 99.

⁵⁰⁵ Nesse sentido, cf. STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 134.

⁵⁰⁶ CUNHA, Leonardo Carreira da. Op. Cit., p. 65.

⁵⁰⁷ CUNHA, Leonardo Carreira da. Op. Cit., p. 66.

⁵⁰⁸ ROCHA, José de Albuquerque. Op. Cit., p. 205.

contrária sua eventual inadmissão. Sob essa óptica, a presunção de repercussão geral encerra verdadeira contradição em termos.

Tampouco parece viável afastar-se a análise meritória quando o que estiver em jogo for o reconhecimento de repercussão geral em caso anterior. A rigor, as circunstâncias que aproximem ou que afastem o caso paradigma já julgado daquele cujo reconhecimento se pretende não podem dar-se em âmbito preliminar, senão quando já adentrado o mérito da questão. Disso resulta que, mesmo quando a repercussão geral tiver por base o atendimento do pressuposto em caso precedente, a análise de seu atendimento dar-se-á não sob uma perspectiva de conhecimento ou não conhecimento do recurso, mas de seu *provimento* ou *improvimento*. Em suma, saber se há ou não violação a súmula ou a jurisprudência dominante da Suprema Corte envolve o próprio mérito do recurso, não matéria a ser analisada como questão preliminar.

Se já não bastassem as controvérsias técnicas, há ainda severa discussão acerca do que se deva compreender por “jurisprudência dominante” do Tribunal. Qual o critério a definir a “dominância” de determinado entendimento dentro do STF? Trata-se de critério qualitativo ou quantitativo? A jurisprudência deve ser de turma ou do pleno do Tribunal?

Por óbvio, pode-se excluir dessa definição a jurisprudência convertida em súmula, vinculante ou comum. Do contrário, teríamos redundância tautológica na dicção legal, pois a “presunção” de repercussão geral dá-se em um (súmula) ou outro caso (jurisprudência dominante). Intuitivamente, pode-se entender que “jurisprudência dominante” seria aquela cuja força ainda não foi suficiente para transformar-se em verbete sumular, estando a meio caminho entre este e uma decisão em caso isolado.

Também é óbvio que não se engloba no conceito de “jurisprudência dominante” do tribunal as decisões proferidas em sede de fiscalização objetiva de normas. Uma vez que delas decorrem pronunciamentos dotados de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, seria de todo dispensável a parte valer-se de recurso extraordinário para veicular seu inconformismo, presente a reclamação como instrumento apto a reverter o pronunciamento judicial desfavorável. Por definição, portanto, a “jurisprudência” que se pretende dominante é aquela manifestada em sede de controle concreto e incidental, não em âmbito abstrato e concentrado.

Há quem defenda que o melhor entendimento seja aquele que define a jurisprudência dominante como aquela que reúne “pelo menos duas decisões proferidas por Turma ou Pleno do STF, firmes, transitadas em julgado, sobre determinado tema de

direito”⁵⁰⁹. Isso, contudo, não afasta outro problema: e quando houver decisões reiteradas de uma turma em determinado sentido, ladeados por entendimentos absolutamente discrepantes em sua congênere? Ou quando a jurisprudência sedimentada de uma das turmas do Tribunal conflitar com o posicionamento de sua composição plenária⁵¹⁰? Haveria aí também “jurisprudência dominante? Tudo indica que não.

À falta de definição legal, parece ser mais correta a posição segundo a qual “jurisprudência dominante” deve ser aquela entabulada por ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal – ainda que cada qual tenha se manifestado uma única vez – ou, ainda, o pronunciamento em pelo menos duas oportunidades do pleno do STF sobre a matéria, desde que não haja divergência com qualquer de suas turmas.

De resto, a única questão sobre a qual paira paz doutrinária é aquela que diz respeito à necessidade de demonstração do atendimento do pressuposto processual da repercussão geral como preliminar de recurso. Isso significa dizer, por outras palavras, que inexistente *repercussão geral implícita*. Afigura-se indispensável, pois, a expressão manifesta da parte em tópico do recurso, a fim de viabilizar o julgamento de sua irresignação. Do contrário, o recurso sequer terá seguimento. Assim já decidiu o STF em inúmeros casos⁵¹¹.

II.5.3.6.10 A escolha do recurso representativo da controvérsia

O primeiro problema relacionado à questão procedimental da repercussão geral diz respeito à escolha do recurso a ser submetido à apreciação do plenário do STF. De acordo com o antigo CPC, verificando o presidente do tribunal de origem a existência de múltiplos recursos a dispor sobre a mesma matéria, elegeria dentre todos um único recurso “representativo da controvérsia”⁵¹². No novo Código de Processo Civil, manteve-se estrutura semelhante. Agora, o “presidente ou o vice-presidente” de tribunal de justiça estadual ou de tribunal regional federal selecionarão “2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia”, determinando, também, a “suspensão do trâmite de todos os processos pendentes” que se encontrem nos respectivos âmbitos de jurisdição⁵¹³.

⁵⁰⁹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Op. Cit., p. 941.

⁵¹⁰ Destaque-se que, antes de ser extravagante, tal situação representa circunstância deveras comum na prática jurisprudencial do STF.

⁵¹¹ Cf., por todos, STF – Pleno. AgRg no AI nº. 744.686/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 3.6.09, publicada no DJ de 25.6.09.

⁵¹² Cf. art. 543-B, §1º, do antigo CPC.

⁵¹³ Cf. art. 1.036, §º1, do Novo Código de Processo Civil.

Ocorre, todavia, que a lei não estabelece qualquer critério para definir-se qual será o recurso eleito para “representar a controvérsia” no Supremo. Trata-se de juízo de ampla discricionariedade conferido a órgão julgador – presidente ou vice-presidente do tribunal de origem – que sequer possui competência para julgamento da matéria. Embora o tribunal *a quo* possa exercer juízo de admissibilidade quanto a vários aspectos do recurso (tempestividade, legitimidade, preparo, etc.), não lhe compete de forma alguma manifestar-se sobre a existência ou não de repercussão geral no caso. Trata-se de matéria afetada exclusivamente ao STF⁵¹⁴. Caso o presidente do tribunal de origem desrespeite essa orientação, à parte socorrerá a reclamação, presente a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal⁵¹⁵.

Sobre o tema, não há como negar-se que, de certo modo, a escolha do recurso a ser utilizado para julgamento da questão condiciona o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, haja vista que tanto poderá ser escolhido o “pior” recurso como o “melhor”, a depender da ótica de quem concorde ou não com sua interposição⁵¹⁶. Se à primeira vista essa pode parecer uma questão menor, à segunda vista pode-se intuir que a ausência de regramento a esse nível por conduzir o julgamento a resultado diverso do que seria desejável.

II.5.3.6.10.1 Crítica ao modo de escolha do recurso representativo da controvérsia

A fim de mitigar os problemas que possam derivar de uma escolha, digamos, infeliz do presidente do tribunal de origem, deve-se entender que, assim como nas ações de controle abstrato, o julgamento da questão constitucional submetida a escrutínio do STF através de repercussão geral deve seguir a lógica da *causa de pedir aberta*⁵¹⁷.

Sabe-se que toda causa possui três elementos: partes, pedido e causa de pedir. Portanto, em todo o processo deve ser possível identificar: i) *quem pede e em face de quem se pede*; ii) *a providência jurisdicional demandada*; e iii) *as razões pelas quais a parte postula a providência jurisdicional*.

⁵¹⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., p. 2344.

⁵¹⁵ Nesse sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme.; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 45.

⁵¹⁶ FERRAZ, Thaís Schilling. Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade. In PAULSEN, Leandro (Coord.). **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 84.

⁵¹⁷ Nesse sentido, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e jurisdição constitucional**, cit., p. 117.

No direito processual brasileiro, havia séria controvérsia doutrinária acerca do disposto no artigo 282, inciso III, do antigo Código de Processo Civil, a determinar que a parte deveria indicar “os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido”. Indagava-se, assim, se o juiz estaria de certo modo vinculado à fundamentação jurídica eleita pela parte para embasar seu pedido. O que faria, então, se os fundamentos jurídicos aplicáveis ao caso fossem outros, diversos dos invocados pelas partes?

Havia, por um lado, os defensores da tese de que “a causa de pedir é constituída pela individualização da relação jurídica com base na qual o autor entende ter o direito que pleiteia”⁵¹⁸. Por isso, o juiz estaria adstrito não só aos fatos relatados pelas partes, mas vinculado à análise dos efeitos da relação jurídica posta em causa⁵¹⁹.

Prevaleceu, contudo, a tese contrária: a *teoria da substanciação*. Por essa teoria, embora a parte deva indicar, na sua petição inicial, os fundamentos jurídicos que entende sustentarem seu pedido, esses fundamentos não são determinantes para a decisão judicial nem vinculam o julgador⁵²⁰. Este pode aplicar outra norma jurídica, diversa da invocada pelas partes, se entender que é ela que se aplica ao caso, e não a norma invocada. Trata-se, na realidade, de mera aplicação dos velhos brocardos latinos de que *Iura novit curia e damihi factum, dabo tibi jus*.

E se essa teoria é aplicável a todo e qualquer processo judicial, com mais razão ainda deve ser aplicada ao processo de fiscalização da constitucionalidade. Embora o requerente deva indicar na sua peça o fundamento constitucional de validade ou de invalidade da norma, o STF não deveria estar de modo algum vinculado a esse fundamento. Seria possível, no limite, acolher ou rejeitar o pedido com base em outros fundamentos, os quais a Corte entenda pertinentes à resolução do caso. Na verdade, esse é mais uma circunstância a evidenciar a necessidade de aproximação entre o controle concreto e o controle abstrato de constitucionalidade exercidos pelo Supremo Tribunal Federal, no qual prevalece a regra da causa de pedir aberta⁵²¹.

Como se sabe, uma vez reconhecida a repercussão geral em determinado recurso, ficarão sobrestados automaticamente na origem todos os demais relativos ao mesmo litígio-base. Em outras palavras, o STF pinçará um único processo e a decisão dele resultante será aplicada a todos os demais a versar sobre a mesma *quaestio juris*. Mas qual

⁵¹⁸ ROCHA, José de Albuquerque. Op. Cit., p. 192.

⁵¹⁹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., p. 964.

⁵²⁰ ROCHA, José de Albuquerque. Op. Cit., p. 192.

⁵²¹ Nesse sentido, cf. STF – Pleno. AgRg na SE nº. 5.206. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 12.12.01, publicada no DJ de 30.4.04.

é o critério utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para pinçar o “caso paradigma”? Será um critério cronológico, ou seja, adotar-se-á como paradigma o primeiro que tenha sido interposto? Nesse caso, valerá a interposição na corte de origem ou a data em que o recurso chegou e foi autuado no STF? Ou será um critério qualitativo, isto é, o recurso mais bem fundamentado será o eleito para dirimir a controvérsia? Se for este o caso, não estaria a haver prejulgamento da questão, ao analisar-se, mesmo em tese, a viabilidade jurídica do apelo?

Há quem defenda, por exemplo, que a “escolha para remessa ao Supremo Tribunal Federal tem de ser a mais dialogada possível”, devendo-se ouvir associações de classe e entidades interessadas, “quicá organizando sessão pública para tanto”⁵²². Entretanto, não há qualquer previsão normativa nesse sentido, nem sequer no âmbito dos regimentos internos dos tribunais.

II.5.3.6.10.2 Escolha do recurso representativo da controvérsia no novo CPC

Com o advento do novo Código de Processo Civil, pretendeu-se colocar um pouco de organização em meio ao caos. Embora tenha sido mantida a mesma sistemática quanto à escolha do recurso representativo da controvérsia, cuja competência recairá sobre o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem⁵²³, tal escolha não vinculará o relator do caso no Supremo Tribunal Federal⁵²⁴. Fora isso, o relator poderá ainda selecionar dois ou mais recursos interpostos na origem, independentemente da iniciativa do presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo*⁵²⁵. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal – que, ao fim e ao cabo, é o órgão ao qual o recurso será dirigido – retoma as rédeas de seu processamento, sem ficar vinculado à escolha realizada pelo presidente ou pelo vice-presidente do tribunal de origem⁵²⁶.

Nada obstante a nova regulamentação legal, o fato é que ainda há excessivas nuvens a pairar sobre essa matéria. Mesmo que o Novo Código de Processo Civil disponha que somente poderão ser selecionados recursos “que contenham abrangente

⁵²² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 62.

⁵²³ Cf. art. 1.030, inc. VI, do Novo Código de Processo Civil.

⁵²⁴ Cf. art. 1.036, §4º, do Novo Código de Processo Civil.

⁵²⁵ Cf. art. 1.036, §5º, do Novo Código de Processo Civil. Sobre o tema, cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., p. 2377.

⁵²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Repercussão geral no projeto de novo Código de Processo Civil**, cit., p. 140-141.

argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”⁵²⁷, a triste verdade é que, passada mais de uma década de implementação da Reforma do Judiciário, não existe qualquer parâmetro objetivo a determinar qual será o recurso apontado individualmente para representar, no Supremo, a solução para todos os demais que versem sobre a mesma matéria. Neste particular, tem prevalecido, para infelicidade geral da Nação, a indeterminação e a casuística.

Sem sombra de dúvida, o ideal seria que o próprio legislador determinasse os requisitos objetivos para escolha do recurso extraordinário que será submetido à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. Caso isso não seja possível, talvez fosse o caso de aceitar expressamente que o recurso será julgado segundo a lógica da *causa de pedir aberta*, desvinculando-se dos argumentos expostos pelo postulante em sua peça recursal. Nesse sentido, a admissão da possibilidade de intervenção de *amici curiae* nas causas submetidas à repercussão geral talvez seja a melhor novidade do Novo Código de Processo Civil⁵²⁸.

II.5.3.6.10.3 E os recursos que não foram escolhidos?

Mas isso não é tudo. Mesmo que se chegue a uma definição quanto ao modo de escolha do recurso representativo da controvérsia, restaria ainda uma questão: o que fazer com os recursos que *não* foram escolhidos?

De acordo com o comando legal, uma vez escolhido o recurso que será julgado pelo STF, todos os demais ficarão retidos – ou, no linguajar legal, “sobrestados” – até que o caso *primus inter pares* seja resolvido⁵²⁹.

A lei é silente, contudo, em relação a esses recursos sobrestados. Se a matéria versada neles for mais ampla do que aquela que será discutida no Supremo, o que fazer? Seria admissível dar o recurso por prejudicado, ainda que veicule matéria mais ampla do que a decidida pelo STF? E o que é pior. Se houver medidas urgentes a serem tomadas, a quem competirá decidir sobre elas? De acordo com a Lei Processual Civil, uma

⁵²⁷ Cf. art. 1.036, §6º, do Novo Código de Processo Civil. No mesmo sentido, cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., p. 2377.

⁵²⁸ Cf. art. 1.038, inc. I, do Novo Código de Processo Civil. Sobre o tema, cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 1643.

⁵²⁹ Nesse sentido, o Regimento Interno do STF foi emendado para dispor que “os tribunais não devem emitir juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o STF decida os recursos selecionados que tratam da mesma matéria. Esse procedimento evitará a interposição de agravos que, ao cabo, ficariam prejudicados com o exame da repercussão geral” (cf. art. 328-A do RISTF, inserido pela Emenda 23/2008, após o decidido na sessão plenária de 19.12.07).

vez admitido o recurso, a competência traslada-se para o órgão competente para julgá-lo em seu mérito⁵³⁰, ou seja, o STF. Mas se os autos ficam, física ou eletronicamente, retidos na instância inferior, como poderá a parte pleitear a concessão de medidas urgentes? Como levar ao conhecimento do Supremo a necessidade de uma providência judicial premente se nem ao menos há relator sorteado para o caso?

Os mais pragmáticos dirão que a solução reside em atribuir aos presidentes dos tribunais de origem competência excepcional para decidir os casos de urgência⁵³¹. Essa alternativa, contudo, esbarra em expressa vedação legal. De acordo com a Lei Processual Civil, interposto o recurso, a apreciação das medidas urgentes caberá ao tribunal competente para julgá-lo⁵³². Logo, qualquer decisão tomada pelo presidente do tribunal de origem representará usurpação manifesta da competência do Supremo Tribunal Federal, a suscitar, inclusive, o cabimento de reclamação para assegurar o respeito às atribuições constitucionalmente outorgadas ao STF.

Nessa hipótese, não seria de todo estranho pensar ser possível à parte cujo recurso ficou retido por repercussão geral apresentar petição diretamente ao Supremo, manifestando sua necessidade de deferimento de tutela de urgência. Por imperativo lógico-jurídico, se já houver relator sorteado para julgar a controvérsia, tanto melhor; competirá a ele decidir monocraticamente a matéria. Se ainda não houver relator designado, a petição deverá ser distribuída aleatoriamente a um dos ministros da Suprema Corte, para que adote ou não as providências requeridas pelo recorrente.

Fora as questões de índole prática, tampouco há resolução a nível legal quanto a uma perturbadora questão: e se o recurso for sobrestado de maneira equivocada?

De fato, a Constituição não prevê salvaguarda para a parte cujo recurso tenha sido injustamente retido no tribunal de origem. Uma possibilidade seria, mediante “simples requerimento”, requerer diretamente ao tribunal de origem a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. Em caso de negativa, a parte poderia interpor agravo de instrumento⁵³³. Outra possibilidade seria a parte “lançar mão de pedido de medida cautelar, por meio de simples petição”, insurgindo-se contra a retenção indevida de seu recurso⁵³⁴. Nenhuma dessas alternativas, todavia, encontra amparo legal.

⁵³⁰ Cf. súmulas 634 e 635 do STF.

⁵³¹ SILVA, Bruno Mattos e. Op. Cit., p. 14.

⁵³² Cf. art. 299, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil.

⁵³³ Nesse sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 63.

⁵³⁴ THEODORO JR., Humberto. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**, cit., p. 728.

Talvez pensando nisso, o legislador ordinário estabeleceu na nova Lei Processual Civil que, uma vez sobrestado o processo, as partes serão intimadas sobre a sua suspensão. Caso a parte consiga demonstrar a “distinção entre a questão a ser decidida no processo” e aquela a ser julgada no “recurso extraordinário afetado”, poderá solicitar ao relator o seguimento do feito⁵³⁵.

II.5.3.6.11 A admissibilidade do *amicus curiae*

Introduzido em nosso ordenamento nos processos de controle abstrato de normas, também para a repercussão geral foi prevista a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*⁵³⁶.

Hipótese assemelhada à assistência, o *amicus curiae* manifesta-se nos autos do processo seja para defender o pedido, seja para contestá-lo⁵³⁷. Previsto no §2º do art. 7º da Lei nº. 9.868/99⁵³⁸, o “amigo da corte” normalmente é corporificado por entidades representativas da sociedade, tendo em vista a relevância da questão. Pretende-se, com isso, reforçar os argumentos de lado e lado e permitir que o STF, analisando-os, produza uma decisão melhor, procurando esgotar a matéria. É evidente que, quanto maior o debate acerca do tema, melhor tende a ser a decisão e maior tende a ser a sua legitimidade. Esgotando-se os argumentos favoráveis e contrários ao pedido, presume-se que, uma vez resolvida a questão, a decisão terá maior aceitação social, favorecendo o respeito e a autoridade da jurisdição constitucional⁵³⁹.

Com efeito, há notável tendência do STF “à abertura do processo constitucional à participação de *amici curiae*”. Parece incontroverso que a intervenção de terceiros nessa espécie recursal oferece “notório contributo” ao julgamento da causa. Esse “colorido diferenciado” empresta à repercussão geral saudável caráter “pluralista”, que não deve estar mais circunscrito às ações de controle abstrato. Daí a razão para o afastamento

⁵³⁵ Cf. art. 1.037, §§8º e 9º, do Novo Código de Processo Civil.

⁵³⁶ Para o conceito de *amicus curiae*, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade – ADI, ADC e ADO**, cit., p. 240-241. Vale registrar que a figura do *amicus curiae* não é propriamente uma criação nacional, senão um instrumento inspirado em figuras similares existentes em outros ordenamentos, especialmente o norte-americano. Para a referência ao *amicus curiae brief*, cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?**, cit., p. 89.

⁵³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade – ADI, ADC e ADO**, cit., p. 405-407.

⁵³⁸ “§2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

⁵³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 244. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

progressivo do Supremo tribunal Federal de uma “perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário”⁵⁴⁰.

Também parece claro que a possibilidade de intervenção do “amigo da Corte” está relacionada ao processo de abstratização do controle concreto de normas. Uma vez que do julgamento da questão espelhada na repercussão pode derivar uma “decisão-quadro para casos futuros”, convertendo-se em paradigma jurisprudencial, nada mais natural do que admitir a intervenção de terceiros que poderão potencialmente ser afetados pela decisão a ser tomada⁵⁴¹. Trata-se, no entanto, de manifestação solitária do relator do recurso, a quem compete deferir ou indeferir a intervenção, pois essa decisão não desafia qualquer recurso⁵⁴².

Em que pese a relativa harmonia no campo teórico, na prática nem sempre o ingresso do *amicus curiae* dá-se sem maiores distúrbios. Pululam os casos nos quais o Tribunal indefere a participação de terceiros em casos de repercussão geral, mesmo quando aparentemente indiscutível a legitimidade da intervenção. Apesar da parca regulamentação legal, o STF tem privilegiado na matéria uma “linha de autoprodução normativa”, poucas vezes deferente à necessária coerência que se espera de uma corte constitucional⁵⁴³. Certa vez, por exemplo, entendeu o STF que estaria preclusa a oportunidade para manifestação do *amicus curiae* depois de esgotados os 30 dias concedidos à autoridade demandada para prestar suas informações no caso⁵⁴⁴. Posteriormente, indeferiu-se o ingresso do amigo da corte em virtude de o julgamento da causa já haver sido iniciado pelo Supremo, o que indica, por via indireta, a rejeição ao primeiro argumento, segundo o qual o *amicus curiae* não poderia intervir porque já decorrido o prazo para informações⁵⁴⁵. Essa variação jurisprudencial imotivada tem gerado justificadas críticas na doutrina, ante a insegurança jurídica que provoca⁵⁴⁶.

⁵⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e jurisdição constitucional**, cit., p. 118. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

⁵⁴¹ NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Op. Cit., p. 941.

⁵⁴² Cf. art. 323, §2º, do Regimento Interno do STF.

⁵⁴³ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 174.

⁵⁴⁴ STF – Pleno. Adin nº. 2.937/DF. Relator: Ministro César Peluso. Julgado em 23.2.12, publicada no DJ de 29.5.12.

⁵⁴⁵ STF – Pleno. QO na Adin nº. 2.238/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgado em 11.10.00, publicada no DJ de 12.9.08.

⁵⁴⁶ Para a crítica, cf. TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 174.

II.5.3.6.12 O problema do Plenário Virtual⁵⁴⁷

Dentro do contexto da repercussão geral, deve-se destacar que a própria norma determina que a decisão quanto à admissibilidade ou não do recurso está prevista para ser tomada em ambiente eletrônico⁵⁴⁸.

Tendo em vista que a análise da questão não ocorre presencialmente, às partes resta apenas fazer o acompanhamento “através do *site* que o Supremo Tribunal Federal mantém na *internet*”⁵⁴⁹. Trata-se, em suma, de uma “decisão eletrônica”, fato que suscita diversas questões quanto à natureza mesma da decisão de admissibilidade⁵⁵⁰. Até que ponto permite-se o controle das decisões tomadas em tal ambiente se as partes a ele não têm acesso? Como admitir que uma Corte possa tomar decisões dessa magnitude sem que submeta ao escrutínio público – aqui entendido em seu sentido lato – o modo como se chegou a esse entendimento? É razoável entender que as decisões acerca da presença ou não dos requisitos para processamento do recurso extraordinário possa ser tomada com base em mero “apertar de botões” dos ministros do Supremo Tribunal Federal? A resposta parece negativa.

A opção pela criação do chamado “Plenário Virtual” teve, por óbvio, o propósito de evitar a interdição da pauta de julgamentos decorrente do formidável volume de recursos que desagua ano a ano no Supremo⁵⁵¹. Contudo, se a informatização do procedimento de apreciação da questão geral resulta em claro ganho no quesito velocidade, também é certo que resulta em diminuição da transparência das decisões do STF. Na medida em que os julgamentos têm lugar em um ambiente virtual, restrito aos próprios ministros, privam-se as partes, os advogados e até mesmo o público em geral de saber como se chegou à resolução sobre a admissibilidade ou não do recurso extraordinário. Olvida-se que a principal forma de “controle da atividade judicial” é a publicidade de suas decisões⁵⁵². Sob essa ótica, afigura-se indispensável que “*tanto a manifestação do relator (favorável ou contrária à repercussão geral) quanto a do ministro que dele divergir*” deverão ser tomadas em público, “*ao longo do procedimento*”, e não somente após o “final

⁵⁴⁷ Há quem prefira a designação de “Plenário Eletrônico” (MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 261). O sentido, contudo, é rigorosamente o mesmo.

⁵⁴⁸ Cf. art. 323 e ss. do Regimento Interno do STF.

⁵⁴⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 262.

⁵⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 71.

⁵⁵¹ FERRAZ, Thaís Schilling. Op. Cit., p. 84.

⁵⁵² CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte. Fórum, 2014, p. 179.

da deliberação pelo Plenário”⁵⁵³. Pior que isso, somente a constatação de que o “Plenário Virtual” confronta de forma direta com o princípio da publicidade das decisões, obrigação imposta ao Poder Judiciário pelo próprio texto constitucional⁵⁵⁴.

Nesse diapasão, a sistemática do “Plenário Virtual” não parece coadunar-se com a Constituição, pois o legislador constituinte originário obriga o Poder Judiciário a ser transparente tanto no julgamento de questões administrativas, como – o que é ainda mais relevante – no caso de “atos jurisdicionais típicos”⁵⁵⁵.

II.5.3.6.13 Efeitos da decisão

Não resta dúvida de que a introdução do mecanismo da repercussão geral sem dúvida gerou profundas implicações ao sistema recursal brasileiro.

Primeiramente, há de se compreender que os casos individuais até então eram entendidos como tal, ou seja, como *demandas individuais*, sem qualquer possibilidade de extensão de efeitos. No entanto, tal perspectiva adquire outro contorno quando, a partir da necessidade de demonstração da repercussão geral em preliminar, o recurso adquire potencial para tornar-se um caso coletivo, ou mesmo uma demanda de massa, seja a decisão pelo processamento do recurso, seja pela denegação de seguimento à irresignação⁵⁵⁶. Aliás, uma das questões que mais aflige a doutrina em relação à repercussão geral diz respeito justamente às causas que não reunirem em si os seus requisitos⁵⁵⁷. Resta claro que o instituto foi desenhado para impedir que o STF sofresse o assédio de questões litigiosas de interesse apenas marginal ou residual. No entanto, tal circunstância deixa em aberto a solução quanto às inconstitucionalidades efetivamente concretas, isto é, que interessem somente às partes do processo ou poucas pessoas além delas. Uma vez consideradas desprovidas de repercussão geral, as partes prejudicadas por violação direta à Constituição ficarão sem amparo, o que fragiliza deveras a garantia de supremacia do texto constitucional⁵⁵⁸.

⁵⁵³ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 262. Destaques do original.

⁵⁵⁴ Cf. art. 93, inc. IX, da Constituição Federal de 1988.

⁵⁵⁵ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito constitucional**, cit., p. 179.

⁵⁵⁶ VALCANOVER, Fábio Haselof. Op. Cit., p. 1199.

⁵⁵⁷ SILVA, Bruno Mattos e. Op. Cit., p. 4.

⁵⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 71.

Em última análise, a repercussão geral em sede de recurso extraordinário estabelece uma forma *sui generis* de controle de constitucionalidade⁵⁵⁹. Até então, o país convivia com os dois modelos tradicionais: abstrato, por meio de ação direta; e concreto, por meio de recurso extraordinário. Malgrado alguns conflitos pontuais e controvérsias ainda por solucionar pela adoção desse sistema misto – radicalizado pela dupla natureza funcional do Supremo Tribunal Federal (Corte Constitucional e Suprema Corte) – o fato é que se compreendia com perfeição os limites e os alcances das decisões proferidas em um e outro modelo de controle: no controle concreto, a decisão limitava-se às partes no processo; no controle abstrato, os efeitos eram *erga omnes*.

Agora, não. É impossível advogar a tese segundo a qual a decisão proferida em sede de controle concreto, por via do recurso extraordinário, esteja limitada às partes do processo. A extirpe de dúvidas, a decisão tomada no âmbito da repercussão geral estende-se para muito além dessa fronteira, alcançando diversos outros casos que não integravam de qualquer forma a lide original.

Nesse diapasão, surge a pergunta: teria a decisão prolatada em sede de recurso extraordinário, submetida a repercussão geral, efeitos *erga omnes*? Se for este o caso, teria ela a mesma eficácia vinculante atribuída às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade? Nessa hipótese, abrir-se-ia à parte lesada por seu descumprimento a alternativa de recorrer à reclamação para fazer valer a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal?

II.5.3.6.13.1 Efeito vinculante e eficácia *erga omnes* em repercussão geral?

A resposta é francamente negativa.

Em primeiro lugar, parece evidente a ausência de respaldo normativo a nível constitucional para concessão de semelhante efeito à repercussão geral. Observando-se o disposto no texto constitucional, resta claro que o legislador constituinte, originário ou derivado, não procurou conferir ao recurso extraordinário atributo igual ao previsto para os instrumentos de controle abstrato. Independentemente da igual ausência de autorização constitucional de tal estirpe à ADPF, é certo que a esta estenderam-se os efeitos previstos para a Adin e a ADC por meio de lei, providência inexistente no que toca à repercussão geral. Ademais, sua própria configuração como instrumento de controle abstrato induz, ao

⁵⁵⁹ VALCANOVER, Fábio Haselof. Op. Cit., p. 1210.

menos em tese, à possibilidade de aceitarem-se efeitos semelhantes aos conferidos aos demais instrumentos de fiscalização objetiva de normas.

Em segundo lugar, não parece suficientemente clara a tentativa do legislador constituinte derivado de conformar por meio da repercussão geral uma quinta variante de controle abstrato de normas. A pensar-se assim, seria forçoso admitir que o rol de legitimados para deflagrar o procedimento de controle abstrato deveria ser sumariamente reduzido, sob pena de, uma vez mais, inviabilizar o trabalho da Corte, circunstância para a qual a repercussão geral pretende tomar a forma de remédio, não de veneno.

Em terceiro e último lugar, seria no mínimo estranho admitir que uma das partes que tivesse interposto recurso extraordinário pudesse valer-se da reclamação com vistas a garantir a autoridade da decisão do Supremo. A uma porque, como o processo julgado retornará à origem, a execução da medida competiria ao juízo de 1º grau que primeiro processou o caso, o que resultaria numa usurpação de competência às avessas (com o Supremo usurpando a competência do juízo de 1º grau). A duas porque, havendo a possibilidade de implementação do julgado no juízo de origem, parece de todo despiciendo obrigar a parte a recorrer a novo processo para fazer valer a autoridade da decisão. No limite, à parte faleceria o indispensável interesse processual para ingressar com reclamação autônoma⁵⁶⁰.

II.5.3.6.14 Recursos

Decidida a causa com repercussão geral, cabe a pergunta: poderá a parte valer-se de algum recurso para reverter a decisão tribunalícia?

Desde logo, pode-se arguir serem cabíveis embargos de declaração, de resto cabíveis para qualquer modalidade de pronunciamento judicial do qual resulte prejuízo para a parte⁵⁶¹. Mas, é sabido, os embargos declaratórios não têm por fim precípua rediscutir o mérito da causa, tampouco reformar a decisão embargada. Os chamados “efeitos infringentes dos embargos”, quando presentes, manifestam-se sempre de maneira excepcional e episódica, presente alguma omissão ou contradição a justificar a reversão do

⁵⁶⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1407.

⁵⁶¹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 204 e ss.

julgamento original⁵⁶². Do contrário, o recurso servirá apenas para aclarar o julgado, desfazer alguma contradição ou suprir determinada omissão⁵⁶³.

Tendo em vista os estreitos limites dessa via, resta a conclusão de que a parte pouco ou nada pode fazer com o propósito de reverter uma decisão desfavorável proferida em sede de recurso extraordinário com repercussão geral. Não se trata, é óbvio, de algo que cause espanto, especialmente quando se considera ser o STF a última instância recursal brasileira. Como Suprema Corte que é, cabe ao Supremo “errar por último”, como se referiu de forma irônica Rui Barbosa em determinada ocasião⁵⁶⁴.

II.5.3.6.14.1 Mandado de segurança contra decisão em repercussão geral?

À falta de recurso previsto na legislação processual, caberia então a impetração de mandado de segurança, com vistas a provocar o reexame da decisão?

Desde a antiga Lei nº. 1.553/51, jamais foi cabível *writ of mandamus* cujo objeto fosse decisão judicial recorrível⁵⁶⁵. Dessa vedação decorria, *a contrario sensu*, a constatação de que, caso a decisão atacada não comportasse qualquer recurso, poderia a parte valer-se do mandado de segurança com o propósito de vê-la reformada. O instrumento funcionaria, em resumo, como “válvula de escape”, através do qual seria possível sindicatizar atos judiciais desprovidos de hipótese recursal específica⁵⁶⁶. Tal posicionamento sempre encontrou ampla aceitação na doutrina⁵⁶⁷, tendo a jurisprudência acolhido esse entendimento sem grandes resistências⁵⁶⁸.

Posteriormente, aprovou-se uma nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº. 12.016/09). Embora tenha apresentado algumas alterações pontuais, a nova lei do MS pouco alterou o panorama normativo desse remédio constitucional. No essencial, as disposições são praticamente idênticas, a ponto de a nova normatização reproduzir a

⁵⁶² FERNANDEZ, Mônica Tonetto. **Dos embargos de declaração**. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev11.htm>. Acesso em 4 ago. 2016.

⁵⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 60.

⁵⁶⁴ GAMA, William Ricardo Grilli. **O direito de errar por último**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/31657/o-direito-de-errar-por-ultimo>. Acesso em 2 ago. 2016.

⁵⁶⁵ Cf. art. 5º, inc. II, da Lei nº. 1.533/51.

⁵⁶⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. **Ainda cabe mandado de segurança contra ato judicial?** Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/lei-120169-ainda-cabe-mandado-de-seguranca-contra-ato-judicial/4896>. Acesso em 4 ago. 2016.

⁵⁶⁷ Cf., por todos, VILLAR, Alice Saldanha. Op. Cit., p. 237.

⁵⁶⁸ Nesse sentido, cf. STJ – RMS nº. 43.439/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24.9.13, publicada no DJ de 1º.10.13.

vedação prevista na lei anterior em inciso e artigo de igual numeração⁵⁶⁹. Portanto, sob um prisma estritamente jurídico, não havia razão para entender que houvera mudança significativa quanto ao cabimento do *writ of mandamus* contra decisões judiciais irrecorríveis.

Nesse contexto, a pergunta que se punha era: caberia, então, MS em face de decisão denegatória de repercussão geral?

Caso prevalecesse o entendimento anterior, parece lógico entender que a resposta a essa indagação seria positiva. Afinal, a decisão que infirma a repercussão geral desconhece qualquer possibilidade recursal. Logo, por via oblíqua, seria cabível o ajuizamento de mandado de segurança para impugná-la.

Outro, no entanto, foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Firme em seu propósito de diminuir a quantidade de processos que o assomavam, o STF assentou não ser admissível mandado de segurança contra suas próprias decisões jurisdicionais⁵⁷⁰. Assim, não subsiste qualquer meio de impugnação à parte a cujo recurso seja negada repercussão geral, seja por intermédio de recurso *stricto sensu*, seja via ação autônoma de impugnação (mandado de segurança).

II.5.3.6.14.2 Como impugnar as decisões nos tribunais de origem?

Se não causa assombro a constatação de que a parte nada pode fazer para insurgir-se contra a decisão do Supremo Tribunal Federal, admira que igual conclusão seja imposta a decisões prolatadas nos tribunais de origem. Com efeito, já há algum tempo o STF pacificou o entendimento segundo o qual não cabe recurso de agravo previsto no art. 544 do CPC em face de decisão do tribunal ou turma de origem que inadmita a subida de recurso extraordinário⁵⁷¹. Pior. Nem mesmo decisões que apliquem equivocadamente o entendimento da Suprema Corte a respeito da repercussão geral decidida desafiam esse recurso. Quando muito, caberá tão-somente agravo regimental, acaso previsto no regimento interno do tribunal de origem. Por conseguinte, a questão ficará circunscrita a

⁵⁶⁹ Cf. art. 5º, inc. II, da Lei nº. 12.016/09.

⁵⁷⁰ Nesse sentido, cf. STF – Pleno. AgRg no MS nº. 25.070/ DF. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 28.3.07, publicada no DJ de 8.6.07; e STF – I Turma. ARE nº. 762.529/RJ. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgado em 12.11.13, publicada no DJ de 3.12.13.

⁵⁷¹ Cf., por exemplo, STF – Pleno. QO no AI nº. 760.358/SE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 19.11.09, publicada no DJ de 19.2.10. A referência, claro, diz respeito ao Código de Processo Civil anterior. No novo CPC, o recurso do art. 544 encontra-se regido no art. 1.042.

esse tribunal, não sendo possível levar o erro a conhecimento do STF, nem mesmo por via de reclamação⁵⁷².

De acordo com esse entendimento, teria havido uma “opção política” do legislador constituinte derivado ao estabelecer o filtro da repercussão geral ao recurso extraordinário. O STF, então, assumiria função quase precípua de “Corte Constitucional, abandonando-se a função de Corte de Revisão”. Dessa forma, caso se admitisse a interposição de agravo para cada decisão tribunalícia em desacordo com o entendimento do STF, isso implicaria “subversão de toda a lógica do sistema”, pois o Tribunal acabaria abarrotado com agravos no lugar de recursos extraordinários⁵⁷³.

A despeito dos argumentos em favor dessa tese, é no mínimo curioso que o Supremo acabe por demitir-se da função de fiscalizar se os tribunais de origem estão a seguir o entendimento firmado pela Corte. Nesses casos, o jurisdicionado pode-se encontrar na indesejável perspectiva de ter seu direito reconhecido pelo STF, mas não dispor de meios para assegurar a aplicação dessa decisão. Enquanto não houver mudança a nível legislativo, restará apenas o espanto.

II.5.3.6.15 Prejudicialidade da repercussão geral frente às ações de controle abstrato

Questão das mais controversas relacionadas à repercussão geral diz respeito à sua eventual prejudicialidade em relação às ações de controle abstrato de normas. Por prejudicialidade, entenda-se, deve ser considerada a característica segundo a qual o julgamento de uma causa ou questão encontra-se condicionada a decisão proferida em outro processo⁵⁷⁴. Trata-se, nessa hipótese, da existência de controvérsia sobre relação jurídica que se coloca como antecedente lógico, subordinando a resolução da lide⁵⁷⁵.

No caso do novo modo de processamento do recurso extraordinário, a dúvida se manifesta nos seguintes termos: o julgamento anterior de questão por meio de repercussão geral prejudica o conhecimento de Adin, ADC ou ADPF ajuizadas para discutir a mesma norma?

⁵⁷² Nesse sentido, cf. STF – Pleno. Rcl nº. 7.547/SP. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em 19.11.09, publicada no DJ de 11.12.09; e STF – Pleno. Rcl nº. 7.569/SP. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em 19.11.09, publicada no DJ de 11.12.09.

⁵⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e jurisdição constitucional**, cit., p. 117. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

⁵⁷⁴ NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**, cit., p. 89-90.

⁵⁷⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 167.

À primeira vista, a questão não faz o menor sentido. Como se sabe, as ações de controle abstrato, dotadas que são de eficácia vinculante e *erga omnes*, naturalmente expandem seus efeitos para toda e qualquer causa. O expurgo ou a declaração de constitucionalidade da norma operam em patamar eficaz superior, glosando a norma do ordenamento ou reconhecendo sua compatibilidade com a ordem jurídica. Logo, de seu julgamento infere-se obrigatória vinculação dos demais juízos à sua decisão, a implicar evidente repercussão do processo objetivo no processo subjetivo. O inverso, no entanto, não é verdadeiro. O julgamento individual de uma norma, ainda que realizado pelo Supremo Tribunal Federal, opera feitos apenas entre as partes do processo, eis que a declaração da validade ou invalidade da norma é decretada apenas *incidenter tantum*. Nesse cenário, pouco importaria se o caso estivesse sendo julgado sob o prisma da repercussão geral ou não. De sua resolução não decorreria qualquer caráter prejudicial em relação às ações de controle abstrato.

À segunda vista, no entanto, a resposta parece ser mais complexa do que aparenta.

II.5.3.6.15.1 O julgamento da Adin nº. 4.071/DF

No julgamento da Adin nº. 4.071/DF, discutia-se mais uma das muitas excentricidades promovidas pelo legislador ordinário federal. Após editar lei complementar⁵⁷⁶ a isentar sociedades profissionais do pagamento da Contribuição para o Fim Social (Cofins), promulgou-se cinco anos depois lei ordinária⁵⁷⁷ revogando tal isenção. Para além de outras inconstitucionalidades de cunho material, a norma em questão exibia flagrante inconstitucionalidade formal. Como norma superior que é, para a qual a Constituição Federal exige aprovação através de maioria absoluta das duas casas do Congresso Nacional⁵⁷⁸, não poderia uma lei complementar ser alterada por lei ordinária, da qual se exige apenas maioria simples para acolhimento⁵⁷⁹.

Em que pese o ajuizamento da citada Adin, poucos meses antes o Supremo realizara o julgamento conjunto dos recursos extraordinários nºs. 377.457/PR e 381.964/MG. Já efetivados sob a sistemática da repercussão geral, entendeu o Supremo em

⁵⁷⁶ Trata-se da Lei Complementar nº. 70/91.

⁵⁷⁷ A norma em questão foi a Lei nº. 9.430/96.

⁵⁷⁸ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 517-518.

⁵⁷⁹ Cf. art. 69 da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 239.

ambos os casos que os conflitos aparentes entre leis complementares e leis ordinárias não deveriam resolver-se de acordo com o critério hierárquico, mas, sim, segundo a natureza da matéria regulada. Assim, se a lei complementar regular norma “materialmente ordinária”, não poderia a norma originária impor sua precedência hierárquica sobre as demais. Na causa em exame, como a Lei Complementar nº. 70/91 cuidava de isenções previdenciárias – para as quais a Constituição exige apenas a edição de lei ordinária⁵⁸⁰ – tal disposição seria apenas “formalmente complementar”. Logo, lei ordinária posterior poderia alterá-la, resolvendo-se o conflito de normas de acordo com o critério temporal⁵⁸¹.

Em princípio, a decisão prolatada em sede de controle concreto de constitucionalidade deveria ter impacto nulo quanto à resolução da ação direta de inconstitucionalidade posteriormente ajuizada. Ainda que versassem sobre a mesma matéria, não se poderia subsumir do julgamento anterior de recurso extraordinário eventual impossibilidade de resolução da matéria em controle abstrato, ainda que manifesta em sede de repercussão geral. De mais a mais, sequer a decisão anterior havia transitado em julgado, outro argumento a afastar a eventual prejudicialidade entre um e outro julgamento.

Mas não foi isso que entendeu o STF. Monocraticamente, o relator do caso, Ministro Menezes Direito, indeferiu a petição inicial, ao fundamento de que “a matéria objeto desta ação direta de inconstitucionalidade já foi inteiramente julgada pelo Plenário, contrariamente à pretensão do requerente, o que revela a manifesta improcedência da demanda”. Inconformado, o autor da ação interpôs agravo regimental, visando à reforma da decisão. No julgamento do recurso, o Ministro Menezes Direito ratificou sua posição, afirmando que, na sua compreensão, “a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº. 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que em recurso extraordinário (e mesmo que não tenha havido trânsito em julgado), somente pode ser considerada manifestamente improcedente”⁵⁸².

De sua poltrona, o Ministro Marco Aurélio Mello insurgiu-se contra esse entendimento. Afora a exigência de prévio debate e pronunciamento judicial para conhecimento de processos subjetivos (prequestionamento), argumentou o Ministro que “o julgamento de recursos extraordinários não obstaculiza ação cuja causa de pedir é aberta”,

⁵⁸⁰ Cf. art. 195, §1º, da Constituição Federal de 1988.

⁵⁸¹ STF – Pleno. REs nºs. 377.457/PR e 381.964/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17.9.08, publicada no DJ de 19.12.08.

⁵⁸² Cf. voto do Ministro Menezes Direito na Adin nº. 4.071/DF.

pois, neste caso, “o pronunciamento do Tribunal poderá levar em conta outros artigos da Constituição Federal”⁵⁸³.

Ladeado apenas pelos Ministros Ayres Britto e Eros Grau, mais uma vez o Ministro Marco Aurélio ficou vencido. Prevaleceu, na espécie, a posição do relator, Ministro Menezes Direito, sufragando-se o entendimento segundo o qual “é manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário”⁵⁸⁴.

Curiosamente, trata-se até agora do único e solitário precedente do Supremo Tribunal Federal acerca da questão. Desconhece-se qualquer outro acórdão no qual se tenha decidido que o julgamento anterior de questão constitucional por meio de recurso extraordinário com repercussão geral implique a impossibilidade de revistar a matéria por meio de ação de controle abstrato.

II.5.3.6.15.2 Crítica à prejudicialidade da repercussão geral frente as ações de controle abstrato

O grande problema por trás desse entendimento é a carência de base constitucional para alicerçá-lo. Com efeito, quando se entende que as decisões tomadas em sede de recurso extraordinário com repercussão geral são aptas a obstaculizar o processamento de ações de controle abstrato, está-se, *ipso facto*, a emprestar eficácia vinculante e *erga omnes* a processos que desconhecem semelhante efeito. Segundo o texto constitucional, apenas ADC e Adin contam com tal poder. Se é discutível a extensão dessa mesma eficácia à ADPF ⁵⁸⁵, processo objetivo cuja eficácia vinculante decorre exclusivamente da lei de regência, que dirá no caso dos recursos extraordinários, nos quais nem sequer lei infraconstitucional há a amparar essa posição.

Não fosse isso o bastante, ignora-se também uma decorrência lógica inafastável desse tipo de entendimento. Se de fato for verdadeira a conclusão de que o recurso extraordinário deixou de ser instrumento de controle *concreto* da constitucionalidade e passou a adquirir indisfarçável feição *abstrata*, não seria ilógico concluir também que as decisões prolatadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal

⁵⁸³ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio na Adin nº. 4.071/DF.

⁵⁸⁴ STF – Pleno. AgRg na Adin nº. 4.071/DF. Relator: Ministro Menezes Direito. Julgado em 22.4.09, publicada no DJ de 16.10.09

⁵⁸⁵ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 202-205.

ficarão sujeitas ao ajuizamento de reclamação em caso de inobservância. Contudo, como se verá mais adiante, até o momento o STF não firmou jurisprudência sobre tal possibilidade.

II.5.3.6.16 Modulação dos efeitos da decisão prolatada em recurso extraordinário

Apesar de previsto unicamente para as hipóteses de controle abstrato de normas, abundam casos nos quais o Supremo Tribunal Federal valeu-se da técnica modulatória para restringir a eficácia de suas próprias decisões⁵⁸⁶. Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento do RE nº. 197.917/SP.

Discutia-se, nessa causa particular, a liberdade do município de Mira Estrela, no estado de São Paulo, de adotar o número de vereadores que bem entendesse, em despreço à proporcionalidade presente na Carta de 1988. Com pouco mais de 2.600 habitantes, Mira Estrela contava com 11 pessoas no exercício da vereança.

Durante o debate em plenário, ficou demonstrado que a Câmara Municipal fixara número excessivo de edis. A proporcionalidade prevista pela Constituição estava sendo solenemente ignorada. Impunha-se, portanto, a readequação do número total de ocupantes do Legislativo municipal, sob pena de “tornar vazia” a fórmula proporcional concebida pelo constituinte de 1988⁵⁸⁷.

Ocorre que, entre o ajuizamento da causa e a decisão do STF, já se haviam passado as eleições municipais, com o sufrágio de vereadores em número incompatível com o texto constitucional. O que fazer, então, com os vereadores já eleitos?

A questão ultrapassava aspectos meramente jurídicos. Além da controvérsia acerca da quantidade de vereadores que deveriam ocupar o Legislativo municipal, a mudança no total de cargos em disputa geraria efeitos inequívocos sobre o chamado *quociente eleitoral*⁵⁸⁸. Ou seja: além de saber quais vereadores deveriam perder o cargo dentre os 11 que haviam sido eleitos, a mera exclusão de duas cadeiras da disputa geraria efeitos sobre a representação proporcional em todas as outras, com efeitos potencialmente caóticos sobre o regular funcionamento da Câmara Municipal de Mira

⁵⁸⁶ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit., p. 429.

⁵⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e jurisdição constitucional**, cit., p. 122.

⁵⁸⁸ O quociente eleitoral determina a fórmula através da qual se decide a distribuição das cadeiras parlamentares entre os diversos partidos na disputa, nas casas legislativas em que se observa o caráter proporcional da representação. Nesse sentido, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit., p. 751.

Estrela. Se isso não fosse bastante, atingir-se-ia até mesmo a validade das deliberações, legislativas ou administrativas, já tomadas pelo ente legislativo, dada a natural alteração no *quórum* de deliberação.

Atento a isso, o Ministro Gilmar Mendes apontou a necessidade de um “juízo rigoroso de proporcionalidade” a recomendar a “preservação do modelo legal existente na atual legislatura”, pois a aplicação de uma decisão puramente cassatória “acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”. Eis a razão pela qual Sua Excelência propôs a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no caso concreto, “explicitando que a declaração de inconstitucionalidade da lei não afeta a composição da atual legislatura da Câmara Municipal”, impondo-se-lhe “estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral (declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*)”⁵⁸⁹.

Atendendo ao apelo do Ministro Gilmar Mendes, a Corte entendeu que, em razão da segurança jurídica, devia-se reconhecer a excepcionalidade do caso, pois “a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente”. Assim, face à “prevalência do interesse público”, era necessário “assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de constitucionalidade”⁵⁹⁰.

Sem dúvida, essa decisão representa um marco no processo de fiscalização normativa no direito brasileiro. Sob a ótica processual, trata-se de um “divisor de águas”. Não, como querem alguns⁵⁹¹, por ter sido caso pioneiro na chamada “abstratização” do controle concreto, mas, sim, porque foi a primeira vez que o Supremo afirmou ser possível restringir-se os efeitos em declarações de inconstitucionalidade incidentais, conhecidas em controle concreto⁵⁹². Hoje, o STF já avançou tanto nessa matéria que passou a admitir a modulação de efeitos em controle concreto até mesmo nas causas relacionadas ao direito pré-constitucional⁵⁹³.

II.5.3.6.16.1 O problema da declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*

⁵⁸⁹ Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº. 197.917/SP.

⁵⁹⁰ STF – Pleno. RE nº. 197.917/SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julgado em 6.6.02, publicada no DJ de 7.5.04.

⁵⁹¹ Para a defesa do julgamento do caso Mira Estrela como exemplo de abstratização do controle concreto, cf. GONÇALVES, Tadeu Hutter. Op. Cit., p. 93.

⁵⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e jurisdição constitucional**, cit., p. 123.

⁵⁹³ STF – II Turma. AgRg no AI nº. 582.280/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 12.9.06, publicada no DJ de 6.11.06.

Embora a solução encontrada pelo Tribunal tenha sido engenhosa do ponto de vista prático, nem por isso encontra-se isenta de questionamentos. O que fazer, por exemplo, quando esgotado o prazo previsto na decisão de diferimento? A decisão passa a aplicar-se automaticamente, *ipso iure*, pelo simples transcurso do prazo? Ou é necessário provocar o STF novamente, a fim de que diga expressamente que o prazo esgotou-se e que as normas estão, a partir de então, anuladas?

A isso acresce a insegurança jurídica inerente a tal tipo de poder concedido ao STF. Como não há prazo estabelecido em lei ou na Constituição acerca dos limites das declarações de inconstitucionalidade *pro futuro*, o que impede o STF de protrair indefinidamente a declaração de inconstitucionalidade, por mera conveniência política ou administrativa?⁵⁹⁴ Seria o equivalente a subverter a própria estrutura hierárquica do ordenamento, pois o órgão encarregado da guarda da Constituição poderia, a seu bel prazer, mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade da norma, deixar de sancioná-la com nulidade. Em tais circunstâncias, o STF assumiria ares não de Tribunal Constitucional, mas de órgão usurpador do poder constituinte originário.

Por tais razões é que entendemos que o diferimento da declaração de inconstitucionalidade da norma é algo a ser restrito a casos verdadeiramente excepcionais. Além disso, conviria que o legislador estabelecesse um prazo-limite para o diferimento. Nesse caso, considerando a dinâmica morosa do processo legislativo brasileiro, vinte e quatro meses seria um tempo razoável e adequado para funcionar como limite de diferimento da sanção de nulidade da norma⁵⁹⁵. Findo o prazo e não sendo “sanada” a inconstitucionalidade, ter-se-ia *ipso iure* liberados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, independentemente de declaração posterior por parte do STF⁵⁹⁶.

II.5.4 Súmula vinculante

II.5.4.1 Introdução

⁵⁹⁴ Inquietação semelhante é manifestada por Daniel Sarmento (SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 33).

⁵⁹⁵ Daniel Sarmento defende um prazo ainda mais exíguo: seis meses (SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 34).

⁵⁹⁶ Tal qual ocorre no modelo austríaco. Nesse sentido, cf. RÍVORIO Francisco Javier Díaz. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 21, nº. 61, inero/abril 2001, p. 89.

Uma das maiores novidades introduzidas pela “Reforma do Judiciário” em 2004 foi, sem dúvida, a chamada *súmula vinculante*. Nascida com o propósito confesso de empoderar os pronunciamentos sucessivos do Supremo Tribunal Federal sobre determinadas matérias, o instituto tinha com objetivo reduzir de modo significativo a quantidade de demandas que desembocam ano a ano na mais alta corte do país. Todavia, assim como em diversos outros casos da inacabada obra do constituinte de 1988, o novo mecanismo suscitou, a um só tempo, dúvida e admiração.

De pronto, deve-se destacar que, sob uma ótica estritamente jurídica, o estudo do conceito de *súmula vinculante* estará sempre restrito ao controle concreto de constitucionalidade. Afinal, para o controle abstrato já há a imposição constitucional (Adin e ADC) ou legal (ADPF) de efeito vinculante à decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, resulta de todo despiciendo estudar-se o instrumento sob a ótica do controle abstrato, quando a decisão dele resultante prescinde em absoluto do socorro de qualquer outra circunstância para fazer-se valer sobre a Administração em geral e sobre os demais órgãos do Poder Judiciário.

Em resumo, a discussão acerca da *súmula vinculante* gira em torno de um problema fundamental: a “*busca da integridade interpretativa do ordenamento*”. Trata-se de tarefa particularmente difícil, em especial em um sistema no qual todo e qualquer juiz possui competência para, de forma solitária, desaplicar uma norma por estar em confronto com a Constituição. No entanto, é desse objetivo essencial que decorre o resultado almejado pelos defensores da *súmula vinculante*: evitar a multiplicação de casos judiciais⁵⁹⁷.

Sob esse aspecto, o verdadeiro motor por trás do instituto das *súmulas vinculantes* reside na “necessidade de reforço à idéia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal”. O propósito não é outro senão resguardar os princípios da segurança jurídica e da igualdade. Do contrário, haveria autorização implícita – e, por conseguinte, inconstitucional – a que os órgãos judicantes aplicassem normas legais ou atos normativos de maneira desigual, reforçando o caráter casuístico das decisões judiciais e fomentando a criação de iniquidades arbitrárias. Com efeito, o instituto indica a

⁵⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1431. Grifo do original.

direção de utilizar todos os mecanismos constitucionais “no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária”⁵⁹⁸.

Nesse quadro, muitos dos advogados da súmula vinculante defendem o instituto como requisito indispensável, estruturado de maneira a evitar a multiplicação inútil e redundante de processos. Seria o instrumento, em resumo, uma forma de privilegiar a segurança jurídica em um sistema tendencialmente caótico, dada a quantidade e multiplicidade de instâncias judiciais, todas dotadas de competência para aferir, *in concreto*, a compatibilidade de normas infraconstitucionais com a Carta de 1988. Ao obrigar juízes de primeira instância, tribunais inferiores e a própria Administração Pública a seguirem o seu entendimento, ainda que discordem dele, o Supremo Tribunal Federal estaria a matar, no nascedouro, uma quantidade insondável de processos que fatalmente acabariam assomando à Corte. Por outro lado, os que atacam a súmula vinculante asseveram que o mecanismo engessa o Poder Judiciário, “impedindo a inovação e transformando os julgamentos de primeiro grau em meras cópias de decisões já tomadas”⁵⁹⁹.

Não se descure, também, que a súmula vinculante ingressa no texto constitucional ao lado de outro direito fundamental: o da *duração razoável do processo*⁶⁰⁰. Introduzidos ambos pela EC nº. 45/2004, pode-se dizer que a outorga de poderes vinculantes às súmulas emitidas pelo Supremo Tribunal Federal constitui uma das modalidades principais, senão a principal, para garantir ao jurisdicionado que sua causa seja julgado em intervalo adequado de tempo⁶⁰¹. No fundo, a linha mestra da súmula vinculante estrutura-se ao redor da idéia segundo a qual “dar seguimento ao inconformismo das partes” quando a pretensão recursal vai de encontro a “texto de súmula do Tribunal” equivaleria a “instaurar um regime anárquico, que afronta o princípio da uniformização das decisões”⁶⁰².

⁵⁹⁸ MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes e a necessidade de limites ao ativismo judicial. IN SOUSA, Marcelo Rebelo; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v.1, p. 126. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

⁵⁹⁹ SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **USP – Estudos avançados**, v. 18, nº. 51, maio/ago 2004, p. 91-92.

⁶⁰⁰ Cf. art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, cf. SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios processuais constitucionais**. Salvador: Juspodium, 2016, 182.

⁶⁰¹ Nesse sentido, cf. GOLAT, BÁRBARA. **Poder vinculante dos precedentes: confluências e diferenças em controles abstrato e difuso de constitucionalidade**. Lisboa: BFDUL, 2014, p. 50.

⁶⁰² CF. STJ – I Turma. AgRg no Resp nº. 3.317/BA. Relator: Ministro Pedro Acióli. Julgado em 5.11.90, publicada no DJ de 26.11.90.

II.5.4.2 Terminologia: súmula vinculante e institutos análogos.

O primeiro passo para compreender a real dimensão da figura da súmula vinculante consiste em apartar, desde logo, o instituto da miríade de mecanismos análogos existentes nos mais diversos sistemas. Na verdade, a associação dos termos “decisão constitucional vinculante” encerra, em si, uma quantidade infindável de modelos jurídicos diversos. O único ponto comum a todos eles repousa na constatação de que as decisões dos tribunais constitucionais acerca da compatibilidade das normas inferiores com a Constituição espalham sua força obrigatória para todos os demais órgãos estatais, principalmente o Poder Judiciário e a Administração Pública⁶⁰³.

Outro ponto em comum decorre do fato de que decisões com caráter vinculante, em ordinário, resultam de uma jurisdição constitucional de natureza concentrada, que exerce sua função em caráter abstrato. Mesmo nos casos em que a justiça constitucional estrutura-se de forma difusa, com vários órgãos dispondo do poder de desaplicar normas incompatíveis com a Constituição, apenas os órgãos de cúpula dispõem do poder de emanar decisões com conteúdo vinculativo⁶⁰⁴.

A rigor, a instituição de semelhante instrumento desconhece paralelo em qualquer sistema jurídico de base romano-germânica, não encontrando par sequer entre os precedentes de cariz consuetudinário⁶⁰⁵. Para tanto, convém estabelecer a diferença ontológica entre *caso julgado*, *precedente* e *súmulas*.

Na primeira hipótese, configura-se o caso clássico de resolução processual de um litígio individual, com natural limitação das forças de sua decisão às partes do processo. Trata-se de prerrogativa da decisão judicial inerente ao próprio sistema jurídico, sem a qual o conflito posto em juízo jamais chegaria a termo. Sem o trânsito em julgado, a prerrogativa estatal de dar a *última palavra* sobre a resolução dos conflitos restaria capenga, pois sua determinação sempre estaria em xeque. Logo, a *coisa julgada* manifesta-se como necessidade do sistema judiciário para alcançar seu fim último, qual seja, a pacificação social⁶⁰⁶.

O precedente, por sua vez, revela-se como a decisão proferida em um caso concreto, mas com o poder de estabelecer um novo paradigma (ou *holding*) para casos

⁶⁰³ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 88.

⁶⁰⁴ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 88.

⁶⁰⁵ STRECK, Lênio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXXXII. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 214.

⁶⁰⁶ ROCHA, José de Albuquerque. Op. Cit., p. 299.

futuros de natureza semelhante⁶⁰⁷. Há quem erroneamente identifique o vocábulo precedente como qualquer decisão judicial, quando, na realidade, será somente aquela decisão de cuja força puder extrair-se uma orientação jurisprudencial a ser seguida em casos futuros⁶⁰⁸. Essa aplicação, contudo, não se resume simplesmente a uma atividade subsuntiva, mas “a partir de uma aproximação histórica, tendo em vista a similaridade dos casos concretos que se encontram *sub judice*”⁶⁰⁹. Dessa forma, o precedente surge como uma regra eventual a ser aplicada ao caso concreto, ou seja, pode-se ou não se aplicar a casos análogos futuros⁶¹⁰.

Deve-se destacar, no entanto, que a figura do precedente assume facetas diferentes conforme o sistema judicial no qual esteja inserido. Em sua versão original, de genealogia britânica, o precedente conforma característica do modelo de *common law*, segundo o qual as decisões passadas em julgado revelam-se formal e genericamente obrigatórias para casos similares⁶¹¹. Já no sistema norte-americano, filiado por motivos históricos e étnicos à matriz inglesa⁶¹², a regra do *stare decisis* não conforma um valor absoluto, embora o respeito ao precedente constitua regra do sistema judiciário⁶¹³. Essas, claro, são apenas algumas das distinções entre o sistema insular britânico e o continental estadunidense, de resto diversos em muitos outros aspectos⁶¹⁴.

Nada obstante suas inegáveis vantagens, o sistema de precedentes apresenta inconvenientes não de todo negligenciáveis. Olhando-se a fundo, o modelo judicialista de base norte-americano tende à inflexibilidade, o que ameaça de maneira

⁶⁰⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. Cit., p. 135.

⁶⁰⁸ BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização do *stare decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileiro. In **Revista de Processo**. Vol. 253. Ano 41. P. 347-385. São Paulo: RT, mar/2016, p. 349.

⁶⁰⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1426.

⁶¹⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente jurisprudencial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 11-12.

⁶¹¹ GINSBURG, Jane C. **Legal methods**. Westbury: The Foundation Press, 1996, p. 2-3.

⁶¹² RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1991, v.1, p. 106.

⁶¹³ A flexibilidade da regra do *stare decisis* foi firmada no caso *Hertz v. Woodman*, em 1910. Deve-se a tese ao voto do Justice Brandeis no caso. Para a referência, cf. BRYAN, Amanda Clare. **Vox Populi, Vox Curiae: Public opinion and the U.S. Supreme Court**. Disponível em <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.963.1938&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 28 dez. 2017, p. 69.

⁶¹⁴ Além da distinção quanto à força e à eficácia do precedente, os sistemas britânico e norte-americano distinguem-se, também, porque o primeiro encerra verdadeiro sistema de *common law*, baseado no costume, hipótese rejeitada pelo segundo, que afirma a supremacia da Constituição sobre todas as normas. Ademais, os modelos judiciários de ambos os países são inteiramente dessemelhantes, em especial na constatação de que os Estados Unidos contêm cortes estaduais e federais, estas espalhadas pelos diversos estados, característica inexistente na Grã-Bretanha. Por último, por suas próprias dimensões continentais, a necessidade de uniformização do direito fez-se mais premente nos Estados Unidos do que na Inglaterra, devido ao volume de processos em curso nos tribunais. Sobre o tema, cf. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 89.

severa sua capacidade de evolução. Tal resulta da aparente atribuição de eficácia superior à da própria lei, em face do caráter casuístico que lhe é intrínseco. Para além disso, a própria estruturação indutiva do precedente – ou seja, partir de um caso particular para dele extrair uma norma geral – afasta qualquer tentativa de compreensão ampla do sistema, o que eventualmente pode redundar na perpetuação de um erro⁶¹⁵.

Desse modo, verificam-se duas diferenças fundamentais entre o precedente e a súmula vinculante. Primeiro, o efeito vinculante está prescrito em texto normativo para a súmula, hipótese que falece para o precedente. Segundo, a instituição do efeito vinculante tem por objetivo barrar novas discussões – e, com isso, novos processos – sobre a mesma matéria, e não simplesmente atender à solução de determinada lide para as partes, circunstância elementar do precedente. Por isso mesmo, pode-se resumir a distinção entre ambos os institutos ao seguinte aspecto: enquanto os precedentes destinam-se a solucionar casos concretos e somente de maneira incidental resolvem litígios futuros⁶¹⁶, as súmulas são, por definição, enunciados de caráter geral e abstrato, que, à semelhança da norma legislativa, visam precipuamente a solver conflitos futuros⁶¹⁷.

II.5.4.2.1 Precedente x jurisprudência

Nesse diapasão, seria o possível considerar o *precedente* como sinônimo de *jurisprudência*?

Em princípio, não.

À partida, o precedente diferencia-se da jurisprudência no critério quantitativo. De fato, o precedente representa uma única e solitária decisão. Ou seja: para constituir-se, o precedente basta-se por si mesmo. A jurisprudência, ao contrário, depende de uma pluralidade de julgados sobre a mesma matéria. Mais do que muitas, as decisões devem caminhar *no mesmo sentido*, de modo a representar um conjunto organizado e coerente de manifestações judiciais a firmar determinada interpretação normativa⁶¹⁸.

Manifesta-se, aqui, diferença radical entre o sistema sumular presente no Brasil e o mecanismo de *stare decisis* de base norte-americana. Enquanto este depende

⁶¹⁵ TAVARES, André Ramos. **O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**, cit., p. 334. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

⁶¹⁶ BERTÃO, Rafael Calheiros. Op. Cit., p. 349.

⁶¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1426.

⁶¹⁸ CUNHA, Leonardo Carreira da. Op. Cit., p. 62.

fundamentalmente do caso individual para perfectibilizar-se⁶¹⁹, a súmula rejeita a incorporação dos casos precedentes que serviram de fundamento à sua edição⁶²⁰. Ademais, o precedente decorre do julgamento de um caso concreto, ao passo que as súmulas, seja de que natureza forem, demandam repetidas decisões judiciais sobre um mesmo assunto⁶²¹.

Conclui-se, assim, não ser verdade que a reforma constitucional operada pela EC nº. 45/2004 tenha operado a transmutação do sistema jurisprudencial brasileiro, com a incorporação do mecanismo do *stare decisis* em sua feição clássica, muito menos que nosso ordenamento jurídico tenha transitado de um sistema baseado no *civil law* para outro, fundado na *common law*⁶²².

Em verdade, o sistema judicial estadunidense garante aos cidadãos, de maneira ampla, a tutela jurisdicional, expressa não só na possibilidade de acesso aos tribunais, mas, também, na garantia inerente ao mecanismo do *stare decisis* de que os casos cujos fatos sejam semelhantes tendem a ser resolvidos de modo idêntico⁶²³. Embora não exista propriamente uma vinculação à decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana, “a força do precedente” acaba por impor um verdadeiro efeito “*erga omnes*, já que os restantes tribunais ficavam vinculados ao precedentes e a decidir os casos futuros em conformidade ao sentido da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal”⁶²⁴. É evidente, portanto, o *status* diferenciado do princípio da segurança jurídica nessa modalidade⁶²⁵.

Nesse sentido, não seria exagero caracterizar a uniformização da jurisprudência como manifestação concreta do princípio da segurança jurídica. É através dela que se garante aos jurisdicionados a indispensável previsibilidade da conduta, de maneira a orientar o comportamento dos cidadãos e prevenir soluções divergentes para casos idênticos. Do contrário, estaria aberta a janela de oportunidades perfeita para

⁶¹⁹ FARNSWORTH, E. Allan. Op. Cit., p. 58-59.

⁶²⁰ TAVARES, André Ramos. **O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**, cit., p. 344.

⁶²¹ GOLAT, Bárbara. Op. Cit., p. 51.

⁶²² MORAES, Alexandre de. **As súmulas vinculantes e a necessidade de limites ao ativismo judicial**, cit., p. 127.

⁶²³ É curioso, entretanto, reparar que a garantia expressa no sistema de precedentes não pode ser encontrada na Constituição norte-americana, em qualquer de suas leis e nem mesmo no “juramento do cargo” dos juízes. Trata-se, na verdade, de uma tradição incorporada por força da *common law* (FARNSWORTH, E. Allan. Op. Cit., p. 59).

⁶²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 174.

⁶²⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico**, cit., p. 10.

decisões voluntaristas das autoridades constituídas, impedindo que a sociedade organize-se com um mínimo de antecipação dos efeitos de suas ações⁶²⁶.

De outra banda, a garantia da uniformidade do entendimento jurisprudencial milita também em favor da credibilidade do próprio Poder Judiciário. Na medida em que se certifica aos cidadãos que suas condutas serão julgadas de acordo com o já decidido, não se cria a indesejada percepção de que casos iguais poderão ser decididos de maneira diversa conforme a conveniência do julgador⁶²⁷.

Sob esse prisma, é inegável reconhecer que a súmula vinculante vem para colmatar o processo de abstratização do controle de constitucionalidade brasileiro. Antes, no caso da declaração de inconstitucionalidade *in concreto* de normas, o STF estava de mãos atadas, pois dependia ou de resolução discricionária do Senado Federal para suspender a eficácia da norma⁶²⁸, ou da provocação de algum dos legitimados a deflagrar o processo de controle objetivo de normas, a fim de emitir uma decisão *erga omnes* com eficácia vinculante para todos⁶²⁹. Agora, não. Por meio do controle concreto, que lhe chega por meio da via difusa, o Supremo passa diretamente ao controle abstrato, saindo dos limites *inter partes* que vinculariam a decisão proferida no processo para estender os seus efeitos a todo e qualquer cidadão⁶³⁰. Em razão disso, parte da doutrina conclui que a súmula vinculante constitui um *tertium genus*, situado a meio caminho entre a lei e a jurisprudência⁶³¹.

II.5.4.3 Escorço histórico

II.5.4.3.1 Dos assentos às súmulas representativas de jurisprudência

⁶²⁶ CUNHA, Leonardo Carreira da. Op. Cit., p. 62.

⁶²⁷ CUNHA, Leonardo Carreira da. Op. Cit., p. 62.

⁶²⁸ Registre-se, por oportuno, que Celso Bastos sempre foi crítico do entendimento segundo o qual a competência outorgada ao Senado Federal encerrava atividade discricionária daquela casa legislativa. Para ele, incumbiria aos senadores apenas verificar se os pressupostos constitucionais para a declaração de inconstitucionalidade haviam sido atendidos. Uma vez cumprida essa fase, não restaria ao Senado senão chancelar a decisão do STF. De acordo com o referido doutrinador, em resumo, a competência expressa no art. 52, inc. X, da Constituição Federal de 1988 revela atividade de natureza vinculada. Nesse sentido, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 85.

⁶²⁹ Elival da Silva Ramos não hesita em proclamar que, “nos próximos anos”, o “espaço institucional” das resoluções suspensivas de eficácia do Senado Federal tenderá a ser definitivamente ocupado pelas súmulas vinculantes. Isso porque as súmulas constituem autorização direta para o Supremo atuar na via normativa, tornando-o independente do socorro legislador do Senado (RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 82).

⁶³⁰ CAGGIANO, Monica Herman. Op. Cit., p. 194.

⁶³¹ GOLAT, Bárbara. Op. Cit., p. 51.

Como quase tudo na ordem jurídica brasileira, a súmula vinculante revela-se não uma criação espontânea de um momento histórico particular, mas antes resultado de um *processo* de empoderamento das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal. Verdadeiramente, desde o Brasil colônia convive-se com alguma forma de orientação jurisprudencial dominante. Essa jurisprudência prevalecente era representada pelos assentos expedidos pela Casa de Suplicação de Portugal, que fazia às vezes de Suprema Corte do Reino⁶³². Tais assentos constituíam-se em normativos de cunho geral e abstrato, editadas pelo Colégio de Desembargadores da Casa de Suplicação.

Já no período republicano, visou-se a conferir maior autoridade aos entendimentos recorrentes dos tribunais espalhados pelo país. A Lei nº. 319, de 25 de novembro de 1936, acolheu a figura do *prejulgado*. Por esse instituto, um órgão fracionário de determinado tribunal poderia solicitar ao pleno tribunalício a resolução de divergência jurisprudencial. Da resolução do dissenso pretoriano resultaria um *prejulgado*, aplicável a todos os casos idênticos subsequentes. A eficácia, contudo, estava restrita ao próprio tribunal, não obrigando a harmonia interpretativa aos julgadores inferiores que lhe fossem vinculados⁶³³.

A primeira grande empreitada de organização da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores teve lugar em 1963⁶³⁴. Por obra do ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, reuniram-se 370 verbetes, no qual estava compilada a maioria das decisões do tribunal em casos idênticos⁶³⁵. O propósito, como o próprio ministro explicou depois, era o de simplificar o julgamento de questões frequentes, conferindo, assim, maior segurança e previsibilidade à atuação da Suprema Corte Brasileira⁶³⁶. Nasceram, então, as *súmulas representativas de jurisprudência*.

II.5.4.3.2 Das súmulas representativas de jurisprudência às súmulas vinculantes

II.5.4.3.2.1 Primeiros passos

⁶³² FRANÇA, Giovane de Azevedo. **A súmula vinculante e a transcendência normativa das decisões da jurisdição constitucional brasileiro**. Lisboa: BFDUL, 2010, p. 65.

⁶³³ FRANÇA, Giovane de Azevedo. **A súmula vinculante e a transcendência normativa das decisões da jurisdição constitucional brasileiro**, cit., p. 65.

⁶³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1425.

⁶³⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 560.

⁶³⁶ LEAL, Victor Nunes. Passado e presente da súmula do STF. In **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Vozes, v. 145, p. 1-20, jul./set. 1981, p. 2.

Uma vez criadas as súmulas representativas de jurisprudência, buscou-se de inúmeras maneiras tornar sua orientação obrigatória para os demais juízos do país.

A introdução de mecanismo semelhante à súmula vinculante no ordenamento brasileiro foi tentada sem sucesso por pelo menos um par de vezes. No anteprojeto da Constituição de 1946, o jurista Haroldo Valadão pretendeu incluir no texto da Carta a “resolução unificadora da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, com força obrigatória geral para todo o Poder Judiciário. Três décadas mais tarde, o artífice do Código de Processo Civil de 1973, Alfredo Buzaid, buscou incluir na legislação um instrumento semelhante aos antigos assentos da Casa de Suplicação. Frustrado em sua iniciativa, restou a Buzaid conformar-se com a tímida inclusão do “incidente de uniformização de jurisprudência”⁶³⁷, figura mais próxima ao dos antigos prejulgados do início do século XX⁶³⁸. Nenhuma dessas alternativas, todavia, sequer poderia se dizer assemelhada à súmula vinculante.

Durante a revisão constitucional de 1993-1994, entretanto, vários parlamentares subscreveram uma emenda revisional destinada a conferir eficácia vinculante aos verbetes elaborados pelo Supremo. O chamado “precedente jurisprudencial com caráter vinculativo” traduziria uma obrigação de os juízos ordinários “adotarem a orientação do Supremo Tribunal Federal, sob pena de anulação da decisão”. A idéia, por óbvio, consistia em “dar sistematicidade e coerência ao sistema jurídico”. A iniciativa, contudo, foi abortada na origem⁶³⁹.

II.5.4.3.2.2 As alterações no antigo Código de Processo Civil

Antes mesmo da mudança a nível constitucional, contudo, a lei processual civil já sofrera relevante alteração ainda no milênio passado, com vistas a impor alguma ordem à disputa entre juízes e tribunais locais, e entre estes e os tribunais superiores⁶⁴⁰. Em primeiro lugar, autorizou-se os ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a irresignações processuais em processos de sua

⁶³⁷ Cf. arts. 476 a 479 do antigo CPC.

⁶³⁸ (FRANÇA, Giovane de Azevedo. **A súmula vinculante e a transcendência normativa das decisões da jurisdição constitucional brasileiro**, cit., p. 68). Os *prejulgados* eram utilizados principalmente na Justiça do Trabalho. Através deles, o TST estava autorizado a estabelecer verbetes “de observância obrigatória pelos TRTs, pelas juntas de Conciliação e Julgamento e pelos juízes de direito investidos de jurisdição da Justiça do Trabalho” (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 559).

⁶³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Op. Cit.*, p. 1426.

⁶⁴⁰ TAVARES, André Ramos. **O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**, cit., p. 335.

competência, desde que o recurso em questão fosse “manifestamente intempestivo, incabível, ou improcedente, ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo tribunal”⁶⁴¹. Não obstante o pretense avanço, a norma em questão impunha duas limitações severas. De acordo com a norma, sua aplicação estava restrita: i) aos casos de “negativa de seguimento”, isto é, aos casos de decisões originárias proferidas em conformidade com o entendimento sumular; e ii) aos processos de competência do STF e do STJ. Abria-se, ainda que de maneira acanhada, a possibilidade de conferir maior eficácia aos verbetes sumulares dos tribunais⁶⁴². Em segundo lugar, movido pela convicção de que a experiência da negativa monocrática de seguimento de recursos era salutar para a prática jurisprudencial, o legislador ordinário resolveu estendê-la a todos os processos do país. Através da Lei nº. 9.756/98, conferiu-se ao relator o poder de, monocraticamente, negar seguimento a recurso que estivesse “em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”⁶⁴³. E não só isso. Caso a decisão prolatada estivesse em desacordo com o entendimento consolidado, o relator poderia, novamente de forma monocrática, “dar provimento ao recurso”⁶⁴⁴.

Trata-se, sem sombra de dúvida, de alteração radical no sistema de processamento dos recursos no Brasil. Até então, vigorava a regra segundo a qual os julgamentos dos tribunais – locais ou superiores – eram regidos pelo princípio da colegialidade⁶⁴⁵. É dizer: a submissão de recurso a uma instância superior pressupunha sua análise por *mais de um julgador*. Com o dispositivo em questão, a situação invertia-se. Agora, a regra seria a do *julgamento monocrático dos recursos* pelos relatores dos processos.

Em contraposição a esse entendimento, seria possível defender que o princípio da colegialidade não fora abandonado, visto que a parte prejudicada poderia ainda valer-se do chamado “agravo interno” para reformar a negativa de seguimento ou o

⁶⁴¹ Cf. art. 38 da Lei nº. 8.038/90.

⁶⁴² CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1382.

⁶⁴³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1382.

⁶⁴⁴ Cf. art. 557, §1º-A, do antigo CPC. Disposição semelhante pode ser encontrada no art. 932, inc. IV, do Novo Código de Processo Civil. Sobre o tema, cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., p. 1976 e ss.

⁶⁴⁵ Até porque o modo com o qual foi formatado nosso sistema de revisão processual de 2º grau indicaria ser “incompatível com o nosso ordenamento a revisão de decisões por juízes monocráticos” (MENDONÇA, Henrique Guelber de. O princípio da colegialidade e o papel do relator no processo civil brasileiro. In **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed., p. 207-225, out./dez. 2007, p. 209).

provimento do recurso monocraticamente decidido pelo relator⁶⁴⁶. Esse, a propósito, foi o pretexto de que se valeu o STF para afirmar, em mais de uma ocasião, a constitucionalidade da súmula impeditiva de recursos. Para a Suprema Corte brasileira, uma vez que coubesse recurso da decisão monocrática para o órgão colegiado, o princípio da colegialidade não estaria vulnerado⁶⁴⁷. Todavia, tal impressão é falsa, pois o que estará em jogo no julgamento do agravo interno não será mais a decisão originalmente vergastada, mas a própria decisão do relator que lhe negou seguimento ou proveu-lhe.

II.5.4.3.2.3 O advento da súmula vinculante

Dentro desse contexto, verifica-se que a instituição da súmula vinculante era consequência quase natural da evolução do processo civil no Brasil. Trata-se de um “instituto pretoriano de uniformização de jurisprudência”, de acordo com o qual o STF desenvolve a fixação de critérios de interpretação uniforme⁶⁴⁸. Na verdade, parte da doutrina reclamava desde há muito que se atribuisse aos entendimentos sumulares a mesma força obrigatória geral que o ordenamento atribuía tão-somente à lei⁶⁴⁹. Mesmo na revisão constitucional de 1993 já se insinuara a adesão do Poder Legislativo a esse entendimento, com dezenas de parlamentares a assinar proposição revisional destinada a conferir eficácia vinculante às súmulas do STF⁶⁵⁰.

Para tanto, experimentou-se à partida a súmula impeditiva de recursos nos tribunais superiores, unicamente para processos de sua competência. Depois, estendeu-se tal prerrogativa para todos os tribunais, com aplicação em todo e qualquer processo. Finalmente, chegava-se agora ao ponto de conferir eficácia máxima ao entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal, impondo, no sentido mais literal do termo, o seu entendimento sobre determinada matéria⁶⁵¹.

Deve-se destacar, por oportuno, que o projeto original da EC nº. 45/2004 previa a competência para edição de súmulas vinculantes não somente ao STF, mas, de

⁶⁴⁶ Cf. art. 557, §1º, do antigo CPC.

⁶⁴⁷ STF – I Turma. HC nº. 118.322/MS. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 22.10.13, publicada no DJ de 12.11.13.

⁶⁴⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 286.

⁶⁴⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1425.

⁶⁵⁰ Para o registro histórico, cf. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1426.

⁶⁵¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 818.

igual, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal Superior do Trabalho⁶⁵². Por óbvio, a possibilidade de aprovação de súmulas cujo conteúdo fosse vinculante ficaria circunscrita à competência desses tribunais superiores: legislação infraconstitucional federal, no caso do STJ; legislação trabalhista, no caso do TST. Prevaleceu, ao final, a restrição dessa autoridade somente aos julgados do Supremo Tribunal Federal, em matéria exclusivamente de interpretação do texto constitucional⁶⁵³.

II.5.4.4 Natureza jurídica

A natureza jurídica da súmula vinculante é matéria deveras controvertida na doutrina brasileira. Teria ela natureza puramente jurisdicional, como expressão típica da jurisdição estatal? Teria ela natureza *normativa* – no sentido *legislativo* do termo? Ou seria ela, enfim, um gênero de norma *paralegislativa*⁶⁵⁴ – situada, portanto, à margem do poder inovador do legislador democraticamente legitimado?

Para a primeira corrente, não resta qualquer dúvida de que a súmula vinculante possui natureza jurisdicional. A evidência, segundo quem a adota, revela-se palmar: é através do exercício da jurisdição que o Supremo Tribunal Federal constrói o entendimento sobre determinada norma para, ao final, consolidá-lo⁶⁵⁵. Da consolidação desse entendimento, através da reiteração de julgados sobre a mesma matéria, é que exsurge a figura da súmula vinculante.

Para a segunda corrente, no entanto, a súmula vinculante adquire feição eminentemente normativa. Com efeito, a consagração da súmula vinculante no texto constitucional indiscutivelmente “reforça os poderes paranormativos do STF”⁶⁵⁶. Dado que a jurisprudência dos tribunais constitui-se como fonte – e, nessa perspectiva, fonte *autônoma* – do direito, não seria de todo estranho que terminasse por inovar na ordem jurídica, ao estabelecer conteúdos normativos que não defluem diretamente da lei em

⁶⁵² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 559.

⁶⁵³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. Cit., p. 264.

⁶⁵⁴ A expressão é tomada em empréstimo a Giovane de Azevedo França (Cf. FRANÇA, Giovane de Azevedo. **A súmula vinculante e a transcendência normativa das decisões da jurisdição constitucional brasileiro**, cit., p. 84).

⁶⁵⁵ Para o Prof. Jorge Miranda, por exemplo, os assentos são “resultado da função jurisdicional, pois a causa da lei interpretativa, como a de qualquer outra lei, vem a ser a realização do interesse público, ao passo que a causa do assento consiste no cumprimento da lei, de ajunte aos critérios meramente jurídicos, não havendo ser olvidado que o assento nem traduz liberdade de conteúdo, nem liberdade de formação, sendo a decisão final de um processo judicial” (MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 196).

⁶⁵⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 818.

sentido estrito, mas que são resultado da conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem “completar o sistema objetivo do Direito”⁶⁵⁷.

Na realidade, o entendimento segundo o qual a súmula vinculante possui natureza normativa assenta-se no pressuposto de que seus efeitos estendem-se para além das partes do processo, aplicando-se indistintamente a quaisquer casos. São pressupostos, portanto, de generalidade e abstração, em tudo similares às leis aprovadas pelo Parlamento.

De fato, não se pode transportar para a súmula vinculante o mesmo tipo de natureza jurídica emprestada às súmulas precedentes, isto é, às súmulas *não vinculantes*, prolatadas antes da Emenda Constitucional nº. 45/2004. No caso destas, o processo seguia rito puramente administrativo, segundo o qual os verbetes deveriam limitar-se à compilação de entendimentos consolidados nos julgados da Suprema Corte. Sabendo-se disso, não causa qualquer espanto a constatação de que a matéria encontrava-se disciplinada no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, sem que houvesse qualquer lei a disciplinar-lhe o processamento.

Tem-se, no caso das súmulas vinculantes, hipótese bem diversa. Desde logo porque, ao contrário de suas congêneres pretéritas, a regulamentação da súmula vinculante reclama a edição de lei própria⁶⁵⁸. Aquilo que antes tinha natureza meramente regimental agora está alçado à categoria de disposição de índole constitucional, quicá com eficácia superior à das leis aprovadas pelo Parlamento⁶⁵⁹. Nesse panorama, a súmula vinculante situa-se na tênue fronteira a separar o controle concreto de base difusa do controle abstrato de viés concentrado. Eis porque alguns doutrinadores preferem designar o procedimento de criação das súmulas vinculantes como típico processo objetivo, dado o caráter geral da decisão nele emanada⁶⁶⁰.

Dentro desse processo objetivo, é no mínimo inquietante deparar-se com um aspecto problemático de natureza prática. Se todo o processo de produção da súmula dá-se *interna corporis*, isto é, dentro do Supremo Tribunal Federal, como permitir amplo debate da comunidade jurídica acerca do alcance do verbete e, no limite, até mesmo de sua redação?

⁶⁵⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 168.

⁶⁵⁸ Cf. art. 103-A, §2º, da Constituição Federal de 1988. A norma que veio a regulamentar tal dispositivo foi a Lei nº. 11.417/06.

⁶⁵⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 301.

⁶⁶⁰ TAVARES, André Ramos. **O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**, cit., p. 338

Para parcela autorizada da doutrina, a tão-só circunstância de o próprio STF editar de ofício súmula vinculante não é capaz de retirar-lhe o caráter jurisdicional da decisão⁶⁶¹. Em que pese a fase final de elaboração do enunciado estar circunscrita a uma atuação quase administrativa do Supremo, o fato é que ele não prescinde da reiteração de julgados sobre a mesma matéria. Por isso mesmo, não se cuida de atuação *ex officio* em sentido estrito, haja vista que se encontra jungida à circunstância da provocação recursal derivada do julgamento dos reiterados casos anteriores⁶⁶².

Todavia, essa posição deve ser encarada com reservas. Com efeito, a edição de súmula vinculante *ex officio* permite ao STF sair de sua postura naturalmente passiva para prolatar um enunciado com força obrigatória geral, nos mesmos moldes de atuação legiferante do Congresso Nacional. E isso com um detalhe fundamental: ao contrário do Legislativo, sua atuação não está submetida a nenhum tipo de controle por parte de qualquer outro Poder, como é o caso do veto presidencial ou do decreto legislativo que susta os efeitos de atos normativos do Executivo exorbitantes do poder regulamentar⁶⁶³. A atividade do Supremo aparta-se, sob esse prisma, inteiramente dos assentos portugueses, por exemplo. Enquanto os assentos derivavam de “recursos interpostos pelas partes interessadas num processo jurisdicional comum”, as súmulas, a seu revés, “envolvem matéria de constitucionalidade e são editadas oficiosamente ou por provocação, dissociando-se de uma sentença em concreto”⁶⁶⁴.

Encontra-se o Supremo, pois, livre de controles e amarras, visto que sua decisão não estará sujeita a qualquer variedade de censura por parte do Executivo e do Legislativo. No caso das súmulas vinculantes, o STF acaba por transformar-se em censor de si mesmo.

II.5.4.5 Características

A associação da figura do precedente aos sistemas de *common law* apresenta-se quase como inafastável⁶⁶⁵. Mas tal relação direta está longe de representar uma característica intrínseca desses sistemas. A rigor, sempre que houver decisão judicial haverá, por definição, um *precedente*. Sob esse aspecto, a idéia de que situações similares

⁶⁶¹ Nesse sentido, cf. RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 374.

⁶⁶² TAVARES, André Ramos. **O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**, cit., p. 339.

⁶⁶³ Cf. art. 49, inc. V, da Constituição Federal de 1988.

⁶⁶⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 300.

⁶⁶⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 286.

devem ter solução jurídica idêntica não representa exclusividade do direito consuetudinário, mas antes um “princípio de justiça reconhecido no âmbito de toda a tradição jurídica ocidental”⁶⁶⁶. A distinção a se fazer no caso designadamente do direito norte-americano é a introdução do mecanismo do *stare decisis*, cuja força vinculante obriga os juízos inferiores a seguir a orientação emanada de certos precedentes⁶⁶⁷.

Efetivamente, pode-se dizer que, no tocante ao respeito aos precedentes, não há distinção de fundo quanto aos sistemas de *common law* e *civil law*. Isso porque “a característica da vinculação ou da persuasão no trato dos precedentes é fruto de uma opção legislativa e da cultura jurídica de determinada sociedade”⁶⁶⁸. Efetivamente, a dessemelhança resulta da estruturação diversa presente em cada um desses sistemas. Enquanto no primeiro o precedente firma-se como criação jurisprudencial do Direito, obrigando os tribunais inferiores a segui-lo para “não contrariar a norma”, no segundo a vinculação manifesta-se através da própria lei, aprovada pelo Parlamento, limitando-se a censura das instâncias superiores à interpretação que os tribunais inferiores tenham dado a essa mesma norma⁶⁶⁹. Por isso mesmo, há quem afirme de maneira mais radical que não há sequer “diferenças significantes no manejo de precedentes nos sistemas modernos”, estando os sistemas de *civil law* e *common law* em aparente estado de igualdade sistêmica⁶⁷⁰.

Parece óbvio, contudo, que o propósito da súmula vinculante é o de expurgar a insegurança resultante da hedionda multiplicação de processos – e, por conseguinte, também de decisões – versando sobre a mesma matéria⁶⁷¹. Também parece evidente que uma das implicações práticas desse instituto é o “engessamento” da jurisprudência acerca de determinada matéria⁶⁷². Afinal, os juízos de todo o país estarão vinculados à decisão expressa no verbete sumular, exceção feita ao próprio Supremo⁶⁷³. À primeira vista, a súmula vinculante estabeleceria uma ponte entre o controle difuso e o controle concentrado, de maneira similar ao “processo de generalização” existente no Direito português vigente⁶⁷⁴. O resultado prático desse mecanismo será – ou deveria ser –

⁶⁶⁶ CUNHA, Leonardo Carreira da. Op. Cit., p. 61.

⁶⁶⁷ CUNHA, Leonardo Carreira da. Op. Cit., p. 61.

⁶⁶⁸ BERTÃO, Rafael Calheiros. Op. Cit., p. 348.

⁶⁶⁹ RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 155.

⁶⁷⁰ BERTÃO, Rafael Calheiros. Op. Cit., p. 373.

⁶⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 72.

⁶⁷² MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 309.

⁶⁷³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 287.

⁶⁷⁴ TAVARES, André Ramos. **O Novo Instituto da Súmula Vinculante no Direito brasileiro**, cit., p. 334.

a virtual inexistência de recursos extraordinários a versar sobre a matéria, uma vez que divergência não haverá⁶⁷⁵.

Embora o texto constitucional não limite expressamente seu âmbito de aplicação, pode-se intuir que o legislador constituinte derivado pensava na súmula vinculante como uma fórmula jurisprudencial através da qual se resolveriam “questões processuais de massa ou homogêneas”, a envolver nomeadamente “matérias previdenciárias, administrativas, tributárias e até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização”⁶⁷⁶. Assim, causas singulares, dotadas de particularidades que afastassem a possibilidade de repetição em casos semelhantes, estariam em princípio excluídas do alcance das súmulas vinculantes.

Em resumo, pode-se afirmar que a súmula vinculante veio para colmatar o processo de abstratização do controle de constitucionalidade brasileiro. Antes, o STF ficava a depender da provocação de algum dos legitimados a deflagrar o processo de controle objetivo de normas para poder emitir uma decisão *erga omnes* com eficácia vinculante para todos. Agora, não. Por meio do controle concreto, que lhe chega por meio da via difusa, a Corte transita diretamente do controle concreto para o controle abstrato, saindo dos limites *inter partes* que vinculariam a decisão proferida no processo para estender os seus efeitos a todo e qualquer cidadão.

II.5.4.6 Pressupostos

É fato: a súmula vinculante possui sistemática jurídica própria, com objeto e condições de edição definidos no próprio texto constitucional. Tal circunstância, todavia, não a isenta de atender a determinados pressupostos a fim de viabilizar sua introdução no mundo jurídico⁶⁷⁷. Mas quais são, afinal, os requisitos enumerados pela Constituição a autorizar o Supremo a aprovar uma súmula de caráter vinculante?

Em primeiro lugar, há a necessidade de matéria a ser sumulada ostentar patamar constitucional. Em outras palavras, isso significa dizer que as súmulas vinculantes não se ocupam de matéria reservada à lei ordinária ou complementar, muito menos de

⁶⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 72.

⁶⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Op. Cit.*, p. 1429.

⁶⁷⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 285.

regulamentos infralegais⁶⁷⁸. Em segundo lugar, exige-se a reiteração de decisões sobre a mesma matéria⁶⁷⁹. Por fim, exige-se que a controvérsia existente seja atual, a colocar em lados opostos a Administração Pública e o Poder Judiciário, ou mesmo diferentes órgãos (tribunais) integrantes deste último⁶⁸⁰. Por isso mesmo, a edição da súmula vinculante representa exceção, não regra, dentro do sistema de controle concreto de constitucionalidade⁶⁸¹.

Para além da natureza constitucional da controvérsia, a emissão de uma súmula de caráter vinculante demanda de ordinário do STF: i) a existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional controvertida; ii) a controvérsia acerca da interpretação da norma deve ser atual entre órgãos judiciários distintos (o que exclui o dissenso interno do próprio STF); iii) dessa interpretação controversa deve resultar grave insegurança jurídica; e iv) exista o potencial de multiplicação de casos idênticos versando sobre a mesma matéria⁶⁸².

No que toca à necessidade de “reiteradas decisões” sobre a mesma matéria, nem a Constituição nem muito menos a lei descrevem um número predeterminado de decisões a partir do qual se teria por satisfeito o pressuposto da “reiteração”. Sem embargo da aparente simplicidade das regras para sua implementação, repete-se para a súmula vinculante a dúvida existencial que assombra a repercussão geral: os pressupostos para sua edição atendem a parâmetros quantitativos – expressos numericamente na quantidade de processos – ou a parâmetros qualitativos – correspondentes ao grau de indefinição sobre a matéria posta em juízo?

A resposta parece simples. Ao contrário do que se passa no controle abstrato de normas, a súmula vinculante tem como pressuposto a existência de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a mesma matéria. Mais do que isso. Além de serem reiteradas, as decisões devem ser *no mesmo sentido*, isto é, conducentes ao mesmo resultado. E, por definição, a replicação de decisões deve ocorrer em controle concreto de constitucionalidade, seja por meio de decisões nas turmas, seja através de decisões do pleno do Tribunal. Assim, é vedada a edição de súmula vinculante cujo fundamento seja

⁶⁷⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 804.

⁶⁷⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 302.

⁶⁸⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Op. Cit.*, p. 1428.

⁶⁸¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Op. Cit.*, p. 1428.

⁶⁸² TAVARES, André Ramos. **O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**, cit., p. 336. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

uma única decisão isolada⁶⁸³. Ante o silêncio normativo, parece mais correto o entendimento segundo o qual deve haver pelo menos *duas decisões no mesmo sentido*, a fim de configurar a repetição necessária de tese abraçada pelo STF⁶⁸⁴.

Em relação aos demais requisitos, não pendem maiores discussões. É evidente que a tese a ser sumulada deve ser objeto de controvérsia atual, pois não faria sentido vincular os demais juízos do país a seguir um entendimento que já se encontra superado⁶⁸⁵. Ademais, a ameaça à segurança jurídica e o propósito de impedir a multiplicação redundante de processos sobre a mesma matéria reconduz-se à natureza mesma da súmula vinculante, pois o seu propósito é justamente garantir a uniformidade do entendimento jurisprudencial sobre determinada questão, minimizando, assim, os custos – expressos na quantidade de processos idênticos – que resultariam do dissenso pretoriano⁶⁸⁶.

Por sua vez, a aplicação da súmula ao caso concreto depende do cotejo analítico do preceito expresso no verbete e a situação posta em juízo⁶⁸⁷. Mais do que as diferenças, deve-se buscar aqui as *semelhanças* entre os precedentes que deram origem à súmula e o caso em questão. O cerne da análise deve centrar-se nas razões de decidir, isto é, nas circunstâncias fáticas e jurídicas que conduziram o tribunal a adotar tal entendimento. É o que no direito norte-americano costuma-se chamar de *distinguishing*⁶⁸⁸. Despreza-se, por óbvio, as argumentações lançadas em *obiter dictum*, assim como qualquer circunstância lateral ou secundária que tenha sido utilizada tanto nos precedentes que deram origem à súmula vinculante como no caso submetido a seu escrutínio⁶⁸⁹.

II.5.4.6.1 O caso da Súmula Vinculante nº.11

Nem sempre, contudo, é isso o que ocorre na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Foi o que aconteceu, por exemplo, no caso da Súmula Vinculante nº. 11.

Vivia-se, à época, grave conturbação política em razão de uma ação da Polícia Federal. Na chamada “Operação Satiagraha”, prendeu-se um dos maiores

⁶⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1429

⁶⁸⁴ TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante*, cit., p. 33.

⁶⁸⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*, t. 2, p. 303.

⁶⁸⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. Cit., p. 267.

⁶⁸⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*, t. 2, p. 303.

⁶⁸⁸ BERTÃO, Rafael Calheiros. Op. Cit., p. 377.

⁶⁸⁹ CUNHA, Leonardo Carreira da. Op. Cit., p. 67.

banqueiros do país, Daniel Dantas, suspeito de corrupção e lavagem de dinheiro de pelo menos uma dezena de políticos⁶⁹⁰. Logo após a prisão, o banqueiro foi solto por meio de *habeas corpus* concedido pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes. Ocorre que, poucas horas após sua libertação, o juiz do caso determinou nova prisão de Daniel Dantas, o que gerou novo pedido de *habeas corpus*, novamente deferido pelo presidente do STF⁶⁹¹.

Capitaneado por seu presidente, o Supremo Tribunal Federal procurou um modo de frear as ações midiáticas da Polícia Federal. E encontrou a perfeita janela de oportunidade no julgamento do HC nº. 91.952/SP.

O caso levado a exame da Suprema Corte dizia respeito a um réu julgado por júri popular na cidade de Laranjal/SP. Na ocasião, a magistrada que presidia o processo determinou que o réu se mantivesse algemado durante toda a sessão de julgamento. Para a defesa, tal circunstância teria influenciado negativamente os jurados, ao expor o réu, de maneira prévia, à censura pública, circunstância resultante da manutenção das algemas durante o julgamento do caso. Condenado, o paciente buscou a anulação do julgamento.

Após ultrapassar todas as instâncias ordinárias e o Superior Tribunal de Justiça, o caso finalmente chegou ao Supremo Tribunal Federal. O relator, ministro Marco Aurélio, sustentou que a presunção de não culpabilidade constitui direito fundamental do cidadão. Logo, a inexistência de motivação específica para manutenção do réu algemado, além de depor contra sua dignidade, impunha ônus injusto para a defesa, pois a colocaria “antecipadamente em patamar inferior”⁶⁹². Tal fato ganharia contornos ainda mais graves quando se considera que o sistema de processamento dos crimes dolosos contra a vida, ao menos no Brasil, dá-se pela atribuição da decisão ao próprio povo, organizado em júri popular. Por ser constituído em sua imensa maioria por populares absolutamente leigos em

⁶⁹⁰ A operação, ao final, foi anulada pelo Superior Tribunal de Justiça, fundada na alegação de ilegalidade da utilização na investigação de servidores da Agência Brasileira de Inteligência, desprovidos por lei de poder de polícia (STJ – V Turma. HC nº. 149.250/SP. Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu. Julgado em 7.6.11, publicada no DJ de 5.9.11).

⁶⁹¹ Há grande controvérsia jurídica acerca da viabilidade jurídica da segunda ordem de *habeas corpus*, uma vez que estaria a ocorrer, na espécie, supressão de instâncias. Daniel Dantas não era detentor de foro por prerrogativa de função, logo, não poderia ter o HC julgamento diretamente pelo STF, o que só foi possível na espécie com a superação da Súmula 691 do STF, designada de forma crítica por parte da doutrina como “enunciado morto-vivo, que serve para uns; e para outros não” (ARAS, Vladimir. **A “nova” doutrina brasileira do habeas corpus**. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2012/09/09/a-nova-doutrina-brasileira-do-habeas-corpus/>. Acesso em 21 dez. 2017). O fato é que, posteriormente, o STF acabou confirmando a ordem por maioria de 9 votos, vencido o Ministro Marco Aurélio Mello (STF – Pleno. HC nº. 95.009/SP. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 6.11.08, publicada no DJ de 18.12.08).

⁶⁹² Cf. voto do Ministro Marco Aurélio no HC nº. 91.952/SP.

questões jurídicas, a representação alegórica do “réu algemado” implicaria uma forma de prejulgamento para quem é leigo em matéria criminal. E o que é pior. Como a Constituição assegura a soberania dos veredictos do júri⁶⁹³, não haveria sequer como rediscutir o mérito da questão em sede de apelação, vez que jungido o tribunal respectivo à anulação ou não do julgamento, com a designação, se for o caso, de novo júri⁶⁹⁴.

Forte nesses argumentos, o STF acabou por conceder por unanimidade a ordem postulada, anulando o julgamento desde a origem. Determinou-se, ainda, que o novo julgamento do réu, ausente qualquer outra circunstância concreta de periculosidade, deveria dar-se sem algemas⁶⁹⁵.

Até aí, nada de novo sob o Sol. Milhares de casos individuais chegam ao Supremo Tribunal Federal, seja pela via do recurso extraordinário, seja pela via do *habeas corpus*. Muitos desses casos, para desespero dos leigos em Direito, acabam resultando na anulação do julgamento, em razão da violação de disposições constitucionais.

O problema, a rigor, foi o que se fez a partir de então. Com base nesse *único* julgamento, o STF sentiu-se autorizado a editar uma súmula vinculante, a dispor sobre a questão do uso das algemas pela polícia. De acordo com a súmula vinculante nº. 11, só seria lícito à autoridade policial recorrer às algemas “em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia”. Mais que isso. A “excepcionalidade” deveria ser justificada “por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente”, além de implicar a “nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Concorde-se ou não com os preceitos estabelecidos, o fato é que a súmula vinculante nº. 11 veio ao mundo como filha órfã. Na oportunidade, não concorria qualquer outra decisão do Supremo que tratasse do uso de algemas⁶⁹⁶. E isso não é tudo. A solitária decisão que serviu de base para sua edição dizia respeito a uma circunstância muito particular – a manutenção de algemas em réu, durante sessão de julgamento por júri popular –, que pouco ou nada tem a ver com o texto da súmula adotada pelo Supremo. Uma coisa seria, por exemplo, o STF aprovar, a partir de um único julgamento – o que por si só já seria discutível – uma súmula a determinar que são nulos os julgamentos em sessão do júri nos quais se mantenha o réu algemado, se não houver circunstâncias concretas a

⁶⁹³ Cf. art. 5º, inc. XXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

⁶⁹⁴ Cf. art. 593, inc. III, do Código de Processo Penal.

⁶⁹⁵ STF – Pleno. HC nº. 91.952/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Julgado em 7.8.08, publicada no DJ de 20.8.08.

⁶⁹⁶ Para a crítica, cf. TAVARES, André Ramos. **A nova lei da súmula vinculante**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 42.

justificá-las. Outra, bem diversa, é aprovar um verbete de natureza vinculante a dispor em quais situações a autoridade policial pode valer-se de algemas, prevendo, inclusive, o regime de responsabilização do agente público.

Na verdade, o requisito da reiteração exigido pelo texto constitucional introdutor da súmula vinculante impõe a replicação do *decisum* em diversas ocasiões, não apenas um único julgamento. Em teoria, é defeso ao Supremo editar uma súmula vinculante arrimada “em decisão judicial isolada”, pois o seu propósito é o de que ela “reflita a jurisprudência do Tribunal, ou seja, reiterados julgamentos no mesmo sentido”⁶⁹⁷.

Ao lado da singularidade decisória, a denunciar a inexistência de “reiteradas decisões” sobre a mesma matéria, como determina o texto constitucional, parece evidente que o STF operou um processo indutivo de discutível justificação teórica. Partiu-se de um caso específico (a ofensa ao princípio da não culpabilidade pelo suposto suggestionamento indevido dos jurados) para uma hipótese geral (a utilização de algemas pelas forças policiais), impondo às autoridades critérios de regramento sem base objetiva na legislação em vigor. Por isso mesmo, acusa-se – não sem alguma razão – o Supremo Tribunal Federal de ter verdadeiramente legislado sobre o tema, usurpando a competência legiferante do Congresso Nacional⁶⁹⁸.

Há, no entanto, quem entenda haver duas hipóteses a autorizar a edição de súmula vinculante: na primeira, quando houver “reiteradas decisões” sobre a mesma matéria; na segunda, quando se objetiva extirpar eventual divergência de aplicação normativa entre o Judiciário e a Administração Pública⁶⁹⁹. O argumento, com o devido respeito, resulta claramente malabar.

Com efeito, a segunda hipótese desloca a súmula vinculante para um campo de atuação inteiramente diverso daquele para o qual ela foi concebida. Quando se autoriza o STF a outorgar verbetes com eficácia vinculante sem a indispensável atividade judiciária prévia – através dos casos reiterados – está-se, por via oblíqua, a autorizá-lo a “editar súmula em praticamente todos os assuntos que estejam em discussão no Judiciário”

⁶⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1429.

⁶⁹⁸ SANTOS, Paulo Sérgio. **O emprego de algemas e a súmula vinculante nº. 11**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5347. Acesso em 3.11.15.

⁶⁹⁹ MARTINS, Ivens Gandra. **Dois hipóteses para a súmula vinculante**. Publicado na Gazeta Mercantil de 2 out. 2008.

⁷⁰⁰. Em outras palavras, o Supremo poderia sumular assuntos que jamais estiveram em julgamento no STF. Absurdo maior não poderia ser imaginado.

Eis, então, mais um dos problemas relacionados aos verbetes vinculativos do Supremo. Não há como negar-se que o legislador constituinte derivado atribuiu imensos poderes à Suprema Corte brasileira com a introdução do mecanismo da súmula vinculante em nosso texto constitucional. Todavia, isso por si só não demite o STF do dever de conferir à súmula vinculante a necessária justificação teórica⁷⁰¹. Do contrário, não haverá segurança jurídica, senão abuso de poder.

II.5.4.7 Quórum

Além dos pressupostos acima enumerados, a Constituição estabelece a necessidade de observância de quórum qualificado do Supremo Tribunal Federal para emissão de súmula vinculante. Seguindo a mesma lógica estabelecida para os casos de modulação dos efeitos das decisões prolatadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, exige-se do Tribunal o assentimento de 2/3 (oito) de seus ministros para que o verbete sumular adquira eficácia vinculante⁷⁰².

Nesse ponto, emerge um aspecto curioso. Na súmula vinculante, precisam-se do voto de 2/3 dos ministros para sua aprovação. Já nas ações de controle de constitucionalidade abstrato, o efeito da vinculação exsurge com maioria absoluta do plenário. Somente caso se decida modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade será necessária a maioria qualificada de 2/3 do Tribunal. Nos demais, bastam os votos de seis ministros no mesmo sentido.

O que à primeira vista pode parecer uma excentricidade, na realidade insinua a opção do legislador constituinte derivado em demarcar com linhas bem definidas as dessemelhanças entre um (abstrato) e outro (concreto) modelo de fiscalização normativa. É dizer: para fazer com que o controle de constitucionalidade concreto alcance efeito análogo ao das ações de controle abstrato, impõe-se quórum mais elevado ao Supremo Tribunal Federal. Tal se justifica, entre outros motivos, pela maior amplitude da súmula vinculante, que pode inclusive ser aprovada *ex officio*, ao passo que as ações de

⁷⁰⁰ Para a crítica, cf. TAVARES, André Ramos. **A nova lei da súmula vinculante**, cit., p. 43-44.

⁷⁰¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1427.

⁷⁰² Cf. art. 103-A, caput, da Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 571-572.

controle objetivo de normas sempre dependem da provocação de um legitimado constitucional (embora a legitimação seja restrita)⁷⁰³.

II.5.4.8 Admissibilidade do *amicus curiae*

Repete-se, no caso da súmula vinculante, a sistemática prevista para a intervenção do *amicus curiae* na hipótese da repercussão geral. Tanto lá quanto cá, a interveniência do “amigo da Corte” relaciona-se à natureza objetiva do processo de fiscalização da constitucionalidade das normas. E, assim como na repercussão geral, repete-se o drama quanto à necessidade ou não de observância da pertinência temática, visto que o STF ainda não firmou posição quanto à exigência desse requisito nos casos de edição de súmula vinculante⁷⁰⁴. De resto, à semelhança do caso precedente, também aqui a admissão da intervenção depende de decisão individual do relator, decisão esta que não desafia nenhum recurso⁷⁰⁵.

Ressai incontroverso que a idéia por trás da figura do *amicus curiae* é justamente o de “pluralizar o debate constitucional”, de maneira a permitir que o STF esteja de posse de “todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia”⁷⁰⁶. Visa a figura do *amicus curiae*, ainda, a conferir maior legitimidade democrática às decisões proferidas pelo Tribunal, face ao seu natural déficit de legitimidade democrática. Contudo, a admissão do *amicus curiae* no âmbito do processo abstrato de normas tem encontrado no Supremo Tribunal Federal um advogado vacilante. Em pelo menos uma oportunidade, entendeu a Corte incabível a intervenção de terceiros no caso de propositura *ex officio* de verbete vinculativo.

Discutia-se, então, a edição de súmula vinculante a vedar a regulamentação, através de norma legislativa estadual, de norma que disponha sobre sistemas de consórcio e de sorteios, incluindo bingos e loterias⁷⁰⁷. Nessa ocasião, a então Ministra Presidente, Ellen Gracie, indeferiu a intervenção da Associação Brasileira de

⁷⁰³ (MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**, cit., p. 112). Como adverte André Ramos Tavares, teria sido preferível que o legislador “afastasse ou incorporasse definitivamente em relação ao processo da súmula vinculante” a questão da pertinência temática. Visto que não o fez, incide na espécie a mesma controvérsia já debatida no caso das ações de controle abstrato de normas. Nesse sentido, cf. TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**, cit., p. 56.

⁷⁰⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Repercussão geral no projeto do novo Código de Processo Civil**, cit., p. 143.

⁷⁰⁵ Cf. art. 3º, §2º, da Lei nº. 11.417/06.

⁷⁰⁶ STF – Pleno. MC na Adin nº. 2.321/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 25.10.00, publicada no DJ de 10.6.05.

⁷⁰⁷ O verbete em questão está expresso na Súmula Vinculante nº. 2.

Loterias Estaduais (ABLE), ao fundamento de que, por se tratar de “procedimento *ad hoc*, de natureza simplificada” as súmulas exaradas de ofício pelo Tribunal dispensavam a “admissão formal de terceiros”, cabível apenas “no caso de provocação externa”, ou seja, nas hipóteses em que a edição da súmula tivesse sido requisitada por um dos seus legitimados constitucionais. A rigor, segundo a Ministra, “a figura do relator somente faz sentido quando a Corte for provocada a editar, a revisar ou a cancelar determinada súmula vinculante”. Do contrário, não haveria necessidade de observância de “contraditório, com abertura de prazos, oitiva de interessados e admissão de manifestação de terceiros”. Em favor dessa tese, a Ministra Presidente invocou inclusive a circunstância de a candidata a interveniente ter atuado em três dos processos dos quais se originaria o verbete sumular⁷⁰⁸.

De sua cadeira, isoladamente, o Ministro Marco Aurélio interveio. Segundo ele, se a própria Corte reconheceria a admissibilidade da interveniência da parte nos processos subjetivos mencionados, não havia razão para lhe negar o direito de participar no processo de edição de “verbetes que guarde sintonia com a matéria tratada nos precedentes”⁷⁰⁹. O apelo foi em vão. Como sói acontecer no STF, o tribunal, por maioria, aprovou a edição da súmula vinculante sem a interveniência do *amicus curiae*, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Nessa quadra, é curioso notar que, ao menos pelo que se depreende desse “julgado”, o Supremo Tribunal Federal só admite contraditório e respeito às normas processuais nos casos em que a edição, cancelamento ou revisão de súmula vinculante esteja jungida ao requerimento de algum dos legitimados constitucionais a demandá-la. Disso decorre a paradoxal conclusão de que, quando a edição, cancelamento ou revisão tiver por base iniciativa exclusiva da corte, em atuação *ex officio*, o devido processo legal não precisa ser observado. Talvez por isso mesmo, a aprovação dessa súmula tenha ocorrido em sessão administrativa do Tribunal, não em sessão jurisdicional. Assombro maior não poderia ser imaginado.

II.5.4.9 Modificação e cancelamento

Aprovadas, as súmulas vinculantes assumem caráter *paralegal*, no sentido de que passam a “vigorar” tal qual uma norma legal *stricto sensu*. Até que

⁷⁰⁸ Cf. voto da Ministra Ellen Gracie na sessão administrativa de 14.6.07, com ata publicada no DJ de 10.8.07.

⁷⁰⁹ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio na sessão administrativa de 14.6.07, com ata publicada no DJ de 10.8.07.

sobrevenha outra disposição em contrário ou a súmula seja formalmente “revogada”, permanecerá ela com validade no sistema jurídico⁷¹⁰. Sobre o tema, a lei regulamentadora dispôs, em único e solitário artigo, que, “revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”⁷¹¹.

No direito comparado, a associação com a prática do *overruling* do sistema norte-americano revela-se imediata e quase intuitiva⁷¹². É através do mecanismo de cancelamento da súmula vinculante que o STF pode superar o entendimento firmado anteriormente, voltando ao entendimento antecedente ou simplesmente o substituindo por um novo.

Até o momento, entretanto, o Supremo Tribunal Federal ainda não se deparou com a necessidade de modificar ou cancelar alguma de suas súmulas vinculantes. Somando-se a isso a parca regulamentação legal, torna-se preocupante o vácuo normativo acerca dos efeitos a serem produzidos pelo cancelamento do verbete. Embora pareça claro que se lhe deve atribuir tão-somente efeitos *ex nunc*, uma interpretação mais radical do texto constitucional poderia conduzir a resultado diverso, conferindo eficácia *ex tunc* ao cancelamento.

De fato, se a modificação ou o cancelamento da súmula tiveram lugar somente por alteração da interpretação produzida pelo Supremo Tribunal Federal, seria natural compreender que esse novo paradigma interpretativo expandiria seus efeitos para alcançar situações pretéritas. Se à mudança ou ao cancelamento não concorrer qualquer alteração no panorama legislativo constitucional, o mais correto seria entender que a nova interpretação seria aplicável não somente a partir da modificação ou do cancelamento da súmula, mas desde quando a norma interpretada foi introduzida no ordenamento. Do contrário, estar-se-ia emprestando à interpretação valor maior do que à própria norma jurídica em si.

É certo, contudo, que tal entendimento dar-se-ia em manifesto prejuízo da segurança jurídica, princípio que a súmula vinculante pretende salvaguardar⁷¹³. Daí porque não seria esdrúxulo imaginar que, assim como no caso da aprovação da súmula, também no caso de seu cancelamento ou revisão possa o Tribunal valer-se da modulação

⁷¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 560.

⁷¹¹ Cf. art. 5º da Lei nº. 11.417/06.

⁷¹² BERTÃO, Rafael Calheiros. Op. Cit., p. 378.

⁷¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1428.

de efeitos, para determinar que a decisão só terá eficácia a partir de determinado momento, à vista de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”⁷¹⁴.

II.5.4.10 Legitimidade

II.5.4.10.1 A doutrina da pertinência temática

Outra controvérsia a rondar o instituto da súmula vinculante diz respeito à legitimidade. Afinal, quem pode propor a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula vinculante? Parece razoável impor aos proponentes à emissão, à revisão ou ao cancelamento de súmula vinculante a exigência – de resto presente em todas as ações de controle abstrato de constitucionalidade – de demonstrar sua *pertinência temática* com a matéria?

Como se sabe, no processo objetivo de controle de normas não há exatamente uma *lide*, muito menos *partes* no seu sentido processual tradicional⁷¹⁵. O processo de controle abstrato de normas desenvolve-se e regulamenta-se por regras próprias, distintas dos processos ordinários de resolução de conflitos⁷¹⁶. E é exatamente por isso que, dado o seu caráter institucional, justifica-se sua legitimação restrita a certos órgãos e entidades⁷¹⁷.

Ocorre, todavia, que o Supremo Tribunal Federal opera uma distinção no rol de legitimados a desencadear o processo de controle objetivo de normas. Há aqueles legitimados – ditos *universais* – que podem deflagrá-lo a qualquer tempo, independentemente de qualquer relação, ainda que remota, com a norma objeto de impugnação, e há outra categoria de legitimados – ditos *condicionados* – para os quais se exige relação direta entre os objetivos e atividades que desenvolvem e o conteúdo da norma que se pretende impugnar⁷¹⁸. Para estes, exige-se a chamada *pertinência temática*⁷¹⁹.

⁷¹⁴ Cf. art. 4º da Lei nº. 11.417/06.

⁷¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 50.

⁷¹⁶ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 276.

⁷¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 50.

⁷¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 162.

⁷¹⁹ Há inúmeros precedentes do STF nesse sentido. Cf., dentre outros, a Adin nº. 902/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 3.3.94, publicada no DJ de 22.04.94; a MC na Adin nº. 4.696/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 1º.12.11, publicada no DJ de 16.3.12; e a Adin nº. 2.583/DF, Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 1º.8.11, publicada no DJ de 26.8.11.

Por *pertinência temática* entende-se a necessidade de que a parte demonstre, na sua petição inicial, o vínculo de pertinência entre o dispositivo impugnado e as suas atividades ou missões institucionais. Trata-se de um liame jurídico – à semelhança da legitimidade *ad causam* do Processo Civil⁷²⁰ – a estabelecer uma necessária relação, ao menos em tese, entre a norma impugnada e o interesse da entidade autora da ação no resultado da demanda. Ou, mais sinteticamente, trata-se de saber “no caso concreto, quem pode promover a ação”⁷²¹. Assim, por exemplo, um governador de Estado não pode impugnar norma produzida por outra entidade da federação, mas somente as do Estado que governa; do mesmo modo, uma entidade representativa dos bancos somente pode impugnar normas que digam respeito à atividade bancária⁷²².

Ao fim e ao cabo, a construção jurisprudencial da pertinência temática deu-se diante de uma contingência de ordem prática. Dada a ampliação desmesurada do rol de legitimados para deflagrar o processo de fiscalização objetiva de normas, o Supremo Tribunal Federal, “mesmo sem amparo em disposição constitucional expressa e sem embargo da natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas”, importou para o processo constitucional “o dispositivo-matriz da legitimação para agir” existente no processo civil comum⁷²³.

Para parte da doutrina, parece razoável importar para a súmula vinculante a regra da pertinência temática estabelecida para as ações de controle abstrato de normas. Segundo esse entendimento, qualquer iniciativa no sentido de provocar “a aprovação, revisão ou a extinção de uma súmula” depende do estabelecimento de uma “relação direta com os objetivos institucionais do respectivo órgão provocador”. Essa posição impediria uma “utilização político-corporativa do instrumento”⁷²⁴.

Ocorre, no entanto, que não se infere do texto constitucional qualquer distinção entre legitimados para deflagrar o processo de controle abstrato de normas⁷²⁵.

⁷²⁰ Há doutrinadores, no entanto, a se posicionar no sentido de que a condição da ação assemelhada à pertinência temática seria o interesse processual. Nesse sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 168.

⁷²¹ ROCHA, José de Albuquerque. Op. Cit., p. 198.

⁷²² MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 148.

⁷²³ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 231.

⁷²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1427.

⁷²⁵ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

Trata-se, verdadeiramente, de construção jurisprudencial do STF, visando, decerto, a restringir o acesso ao controle concentrado de normas pela via direta⁷²⁶. Contudo, “a falta de autorização constitucional para que o legislador estabeleça outras limitações ao direito de propositura suscita dúvida sobre a correção do entendimento esposado pelo STF”⁷²⁷. À falta de previsão constitucional, é difícil acreditar que a pertinência temática possa ser justificada sob um prisma estritamente jurídico⁷²⁸.

De fato, soa no mínimo estranho que, tratando-se de processo objetivo de controle de normas, exija-se da parte algo que, em princípio, está intimamente ligado a um interesse subjetivo subjacente à demanda⁷²⁹. A pertinência temática, portanto, funciona como mero instrumento de transplante do conceito de interesse processual do processo civil comum para o âmbito do processo constitucional⁷³⁰. O resultado a que conduz desvirtua a natureza objetiva da fiscalização abstrata de constitucionalidade, pois as ações de controle abstrato não se destinam à tutela de interesses subjetivos, mas à higidez do ordenamento constitucional⁷³¹.

A rigor, seria mais “ortodoxo” não se exigir a demonstração de pertinência temática por nenhum dos legitimados a deflagrá-lo. Trata-se de restrição ao direito de ação “que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas”⁷³².

Com efeito, um processo objetivo é um processo “sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais”⁷³³. Caso se quisesse exigir de parte dos legitimados a chamada pertinência temática, dever-se-ia recorrer à alteração do texto constitucional. Isso porque, dada a inexistência de margem de

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

⁷²⁶ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 55-556.

⁷²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 91.

⁷²⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 260.

⁷²⁹ Como adverte André Ramos Tavares, “essa mescla” entre processo objetivo e interesse subjetivo na demanda “é claramente prejudicial à clara compreensão do processo de índole objetiva” (TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 274).

⁷³⁰ CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 163.

⁷³¹ CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 143.

⁷³² MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 91 e 101.

⁷³³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 153-154.

conformação no art. 103 da CF/88, “a fixação de tal exigência parece ser defesa ao legislador ordinário federal, no uso de sua competência específica”⁷³⁴.

Não obstante seja razoável limitar o acesso à via direta de controle concentrado⁷³⁵, se alguém deveria impor tais limites, este alguém deveria ser o legislador democraticamente legitimado, jamais o STF. Como assevera o próprio Ministro Gilmar Mendes, “o recurso à analogia, aqui, é de duvidosa exatidão”⁷³⁶.

Sem embargo das críticas de parcela autorizada da doutrina – e, nela, mesmo de ministro do STF⁷³⁷ – o fato é que a exigência da pertinência temática, embora não esteja amparada nem no texto constitucional nem na lei, encontra-se hoje pacificada no Supremo Tribunal Federal⁷³⁸.

II.5.4.10.2 Pertinência temática para súmula vinculante?

Seria essa mesma construção válida para o caso da propositura, alteração ou cancelamento de súmula vinculante?

Há, claro, quem defenda tal entendimento. Parcela autorizada da doutrina entende que, uma vez tratar-se de consolidação jurisprudencial da Suprema Corte Brasileira, a provocação com o propósito de aprovar, modificar ou expurgar uma súmula vinculante de nosso ordenamento deveria estar circunscrita aos “objetivos institucionais do respectivo órgão provocador”. De acordo com essa corrente, não faria sentido permitir que entidades desprovidas de legitimação universal para deflagrar o processo de controle abstrato de normas pudessem auto-investirem-se do poder de “exercer uma espécie de vigilância jurisprudencial sobre o Supremo Tribunal Federal”. Isso evitaria, segundo se defende, a aplicação “político-corporativa” da súmula vinculante⁷³⁹.

A tese, todavia, parece fraca do ponto de vista lógico-jurídico. Deixe-se de lado, por ora, as críticas já formuladas acima sobre a fragilidade teórica da figura da

⁷³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 101.

⁷³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 576.

⁷³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 99.

⁷³⁷ Ainda nesta década, o ministro Gilmar Mendes voltou a criticar a pertinência temática, afirmando que “se afigura excessiva a exigência de que haja uma relação de pertinência entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade constitucionalmente legitimada a arguir a inconstitucionalidade do ato normativo”, uma vez que essa “inequívoca restrição ao direito de propositura”, sem qualquer “respaldo na Constituição”, não “poderia ser formulada, mesmo pelo legislador ordinário” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO**, cit., p. 386).

⁷³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 168.

⁷³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Op. Cit.*, p. 1427. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento dos referidos doutrinadores.

pertinência temática. A questão é: por que se exigir um requisito presente para as ações de controle abstrato a um instrumento que, no fundo, representa a consolidação de jurisprudência formada em controle concreto?

De resto, parece um tanto forçada essa via de entendimento, em especial quando o próprio texto da Constituição estabelece que a súmula virá a lume “de ofício ou por provocação”⁷⁴⁰, sem que o legislador constituinte derivado tenha colocado qualquer ressalva quanto a quem estaria legitimado a fazer tal provocação⁷⁴¹.

À parte a própria debilidade argumentativa da construção teórica que desembocou na criação jurisprudencial da denominada pertinência temática, o fato é que não parece razoável entender-se que se aplique às súmulas vinculantes o mesmo entendimento aplicado ao controle abstrato de constitucionalidade. Ora, se o próprio Supremo pode, de ofício, entender pela aprovação, alteração ou cancelamento de súmula vinculante, sobre quais bases se assentaria eventual restrição de legitimidade a essa iniciativa?

Tal perplexidade torna-se ainda mais patente quando se considera que qualquer pessoa está legitimada a levar à Suprema Corte o conhecimento de conflitos acerca da interpretação da norma constitucional. Se prevalecer o entendimento de que às súmulas vinculantes também se aplicaria o paradigma da pertinência temática, seríamos conduzidos à curiosa situação em que um entendimento aplica-se ao pressuposto – a ampla legitimidade para interposição de recurso extraordinário – e outro, inteiramente diferente, seria aplicado à consequência – a aprovação, alteração ou cancelamento de súmula vinculante. Em suma, a parte poderia participar do processo que deu origem à súmula, mas estaria impedida de participar do próprio *procedimento sumular*.

Essa incongruência revela o quão despropositada é a pretensão de importar para o contexto da súmula vinculante o requisito da pertinência temática. Visto que tal paradoxo dificilmente encontraria amparo constitucional ou legal, o mais correto seria entender que qualquer pessoa, mediante representação, estaria legitimada a propor aprovação, revisão ou cancelamento de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

II.5.4.11 Efeitos da súmula vinculante

⁷⁴⁰ Cf. art. 103-A, caput, da Constituição Federal de 1988.

⁷⁴¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 302.

Sem dúvida, o grande diferencial por trás desse novo instrumento de uniformização jurisprudencial foi a outorga de “efeitos vinculantes com eficácia imediata”, circunstância que ampliou enormemente “a força da Jurisprudência Constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal”⁷⁴². A súmula vinculante opera, portanto, não no âmbito do controle abstrato de normas – cujos mecanismos já dispõem de semelhante eficácia –, mas, sim, para prover a mesma força eficaz do controle abstrato às reiteradas decisões proferidas em sede de controle concreto de normas⁷⁴³.

Em princípio, a súmula vinculante terá eficácia imediata desde a sua edição. Tal qual as decisões prolatada em sede de Adin, ADC ou ADPF, também a súmula vinculante poderá ter sua eficácia restringida, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, a momento posterior⁷⁴⁴.

A grande nota distintiva da súmula vinculante em relação às súmulas não vinculantes diz respeito ao cabimento de reclamação em caso de não observância do verbete⁷⁴⁵. Nesse sentido, não resta dúvida de que a EC nº. 45/2004 representou grande empoderamento do mecanismo⁷⁴⁶. No período anterior, as súmulas destinavam-se tão-somente a condensar em enunciados o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria, sem que delas se pudesse inferir alcance muito maior do que a mera orientação de conduta em caso de litígio futuro. A ausência de sanção para seu descumprimento conduzia a certa conduta relapsa da jurisprudência, uma vez que o STF poderia “acenar impunemente” com verbetes sumulares, sem que disso resultasse maiores consequências⁷⁴⁷.

Com a súmula vinculante, pretende-se o exato oposto. A cada enunciado sumular proferido pelo STF, corresponderá a garantia de uma ação imediata destinada a ampará-lo, caso a medida venha a ser descumprida. Considerando que o Supremo reformulou seu entendimento quanto ao seu cabimento, ampliando o rol de legitimados para nele incluir qualquer pessoa prejudicada pelo descumprimento de decisão vinculante, caberá à reclamação a responsabilidade de desempenhar o papel de *garante* dos enunciados vinculantes aprovados pelo Supremo Tribunal Federal. Se por um lado tal

⁷⁴² MORAES, Alexandre de. **As súmulas vinculantes e a necessidade de limites ao ativismo judicial**, cit., p. 128.

⁷⁴³ CAGGIANO, Monica Herman. Op. Cit., p. 194.

⁷⁴⁴ Cf. art. 4º da Lei nº. 11.417/2006.

⁷⁴⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 308-309.

⁷⁴⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 571.

⁷⁴⁷ TAVARES, André Ramos. **Reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 122.

característica pode funcionar como lenitivo, por outro pode implementar disfunção ainda maior do que a que pretende resolver.

A rigor, um dos grandes contratempos relacionados à súmula vinculante diz respeito ao chamado “mecanismo de auto-imposição dependente”. Considerando que o descumprimento da súmula demanda reação em sentido contrário do STF, no sentido de garantir sua eficácia, o instituto acaba por transformar a Suprema Corte brasileira em “oficial de execução de suas próprias decisões”, posição que certamente não se coaduna com a nobreza esperada de uma corte com funções constitucionais. E – o que é pior – com o risco nem um pouco desprezível de inviabilizar seu regular funcionamento⁷⁴⁸.

A possibilidade de manipulação de efeitos quando da edição de súmula vinculante, autorizada por meio de regramento legal⁷⁴⁹, permite ao Supremo mitigar os efeitos de sua declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, obedecidas razões de segurança jurídica e excepcional interesse público, respeitado o quórum ultra qualificado de 2/3 terços de seus ministros⁷⁵⁰.

No caso de descumprimento de súmula vinculante por parte de órgão administrativo, a reclamação só se apresenta viável uma vez esgotada a via recursal administrativa, isto é, depois que os instrumentos de controle interno dos atos administrativos tiverem se provado ineficazes para promover a adequação do ato impugnado ao entendimento do STF⁷⁵¹. Antes disso, não será cabível o ajuizamento da reclamação constitucional⁷⁵².

À diferença do sistema judicial, em que o descumprimento de súmula vinculante não dá ensejo à responsabilização administrativa do magistrado, no caso de inobservância de verbete sumular por órgão da administração o decreto de procedência da reclamação implicará a notificação da autoridade prolatora da decisão, assim como dos órgãos que lhe sejam hierarquicamente superiores, a adequar as futuras decisões em casos

⁷⁴⁸ TAVARES, André Ramos. **O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**, cit., p. 345. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

⁷⁴⁹ Cf. art. 4º, da Lei nº. 11.417/06.

⁷⁵⁰ MORAES, Alexandre de. **As súmulas vinculantes e a necessidade de limites ao ativismo judicial**, cit., p. 128.

⁷⁵¹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. O procedimento da reclamação. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs). **Reclamação Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 328.

⁷⁵² MORAES, Alexandre de. **As súmulas vinculantes e a necessidade de limites ao ativismo judicial**, cit., p. 133.

idênticos ao entendimento do Supremo⁷⁵³. Do contrário, haverá a responsabilização pessoal do agente público nas esferas cível, criminal e administrativa”⁷⁵⁴.

II.5.4.12 Limites subjetivos da vinculação

Promulgada a súmula vinculante, o passo seguinte é indagar uma questão fundamental: *quem, afinal, estará vinculado a ela?*

À primeira vista, a redação do art. 103-A da Constituição não deixa margem a maiores interpretações. Nela, está disposto que a súmula produzirá efeito “em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Repare-se, de início, que o texto não fala na administração pública distrital, concernente ao Distrito Federal. Essa omissão, todavia, deve ser entendida como mera falha do legislador constituinte derivado, suprível por simples interpretação extensiva, sem maiores consequências para o sistema⁷⁵⁵. Logo, todos os entes da Administração Pública e também do Poder Judiciário submetem-se ao seu comando⁷⁵⁶.

Que a súmula vinculante irradia seus efeitos para todos os órgãos do Poder Público, seja em qual esfera for, não há qualquer dúvida. Nesse particular, a literalidade do dispositivo é incontornável. Todavia, duas dúvidas remanescem: i) estaria também o Poder Legislativo vinculado à decisão sumular?; e ii) estaria o STF jungido à própria vinculação?

II.5.4.12.1 Vinculação do legislador?

Em relação à primeira pergunta, os sistemas alienígenas caminham no sentido de reconhecer a vinculação do legislador à decisão de inconstitucionalidade prolatada pela Suprema Corte. Na Alemanha, por exemplo, o efeito vinculante exarado da decisão do *Bundesverfassungsgericht* inibe o Legislativo daquele país de reproduzir norma de conteúdo semelhante à da que foi invalidada pelo Tribunal, mas não impede

⁷⁵³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 304.

⁷⁵⁴ MORAES, Alexandre de. **As súmulas vinculantes e a necessidade de limites ao ativismo judicial**, cit., p. 134.

⁷⁵⁵ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**, cit., p. 37.

⁷⁵⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op. Cit.*, p. 224.

necessariamente que o Parlamento volte a produzir norma de teor idêntico à da anulada⁷⁵⁷. Idêntica prescrição vigora no sistema italiano, embora tal restrição vincule em princípio apenas o poder de legislação ordinária do Parlamento⁷⁵⁸. Em Portugal, país do qual o Brasil bebeu a maior fonte de sua matriz constitucional, segue-se no mesmo sentido, prevalecendo o entendimento de que o legislador não poderá volver a tratar da matéria havida por inconstitucional se não houver profunda alteração nas circunstâncias que motivaram o juízo de inconstitucionalidade⁷⁵⁹.

No Brasil, contudo, vigora regramento diferente. Na verdade, há relativa paz doutrinária quanto à imunidade do legislador no que toca à vinculação determinada pela súmula editada pelo STF. De fato, a maneira mais fácil de suscitar rediscussão quanto à validade ou conveniência da manutenção do verbete é justamente a provocação por via legislativa. É dizer: o Poder Legislativo pode deliberar em sentido contrário ao que está expresso no enunciado sumular e, assim, modificar seu âmbito de aplicação. No limite, pode-se alcançar até mesmo a invalidade superveniente da súmula, em virtude de alteração posterior da norma que a originou⁷⁶⁰.

De outro lado, militam respeitáveis vozes a se insurgir contra esse entendimento. Segundo os que defendem a vinculação do Poder Legislativo à súmula com efeito vinculante, não se pode atribuir reverência “quase religiosa” ao princípio da separação de poderes, flexibilidade atestada pelo próprio reconhecimento do exercício do controle de constitucionalidade. Também nessa linha, não socorreria em favor da tese de inexistência de vinculação a ausência de previsão constitucional expressa. Afinal, na Itália tampouco há idêntica previsão e mesmo assim se reconhece a vinculação do legislador ao comando judicial⁷⁶¹. Trata-se, contudo, de tese minoritária na doutrina. Prevalece, no geral, o entendimento segundo o qual “a cláusula do efeito vinculante *não torna os critérios interpretativos do STF obrigatórios para o legislador*”, presente a necessidade e impedir que decisões desse naipe venham a “potenciar uma usurpação de poderes” por parte do Tribunal⁷⁶².

II.5.4.12.2 Vinculação do STF?

⁷⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit., p. 1398.

⁷⁵⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. Cit., p. 224.

⁷⁵⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 207-208.

⁷⁶⁰ TAVARES, André Ramos. **O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**, cit., p. 337.

⁷⁶¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. Cit., p. 227.

⁷⁶² MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t.2, cit., p. 310.

Em relação à segunda pergunta, a resposta impõe-se como imperativo lógico. A dicção da Constituição deixa claro que o Supremo Tribunal Federal não está, ele próprio, vinculado às suas próprias decisões, podendo revê-las quando as circunstâncias assim o exigirem⁷⁶³. Como compete ao próprio Supremo Tribunal Federal alterar, revisar ou cancelar as súmulas por si editadas, não faria sentido submeter a corte a “uma malha, donde não poderá mais tarde sair”⁷⁶⁴. Pensar o contrário seria imaginar que o Tribunal estaria condenado a perpetuar eventuais erros, ou, ainda, a sustentar teses tidas como superadas pela evolução do pensamento jurídico⁷⁶⁵. Ademais, admitir-se a vinculação do Supremo a suas próprias decisões – aí incluídas, por óbvio, as súmulas vinculantes – redundaria na esdrúxula possibilidade de ajuizar-se reclamação ao STF para garantir a autoridade da decisão por ele próprio descumprida⁷⁶⁶.

A vinculação emanada pelo verbete sumular, portanto, opera numa lógica verticalizada, isto é, impondo-se a partir do STF em direção a todos os demais juízos do país, sendo, no entanto, inoperante numa perspectiva horizontalizada, pois o próprio Tribunal a ela não se vincula⁷⁶⁷.

Essa posição, contudo, deve ser encarada com cautela. A aparente inexistência de autovinculação do Supremo Tribunal Federal a suas próprias súmulas opera no plano estritamente jurídico. No plano prático, seria mais correto entender que o Tribunal estará jungido à interpretação expressa no verbete enquanto considerar que ela reflete o real sentido da norma objeto do enunciado sumular. Embora atue com ampla margem de liberdade, não é certo que o STF esteja absolutamente isento de alguma forma de autodisciplina, expressa, quando menos, na “responsabilidade institucional da Corte de produzir com clareza e segurança jurídica para os demais tribunais e para os próprios jurisdicionados”. Por isso, constatando-se que a também a súmula “*é um texto do qual se extrai uma norma*”, a mudança no entendimento jurisprudencial reclama uma desvinculação formal, impondo ao Supremo, a um só tempo, dois ônus argumentativos: de

⁷⁶³ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 106.

⁷⁶⁴ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**, cit., p. 200.

⁷⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 602.

⁷⁶⁶ (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. Cit., p. 229). Destaque-se, contudo, que essa virtual autoimunidade do Supremo às suas próprias decisões vinculantes “não deixa de causar estranheza”, na medida em que se permite aos ministros individualmente e às turmas da Corte contrariarem “a solução interpretativa subjacente a uma declaração com força obrigatória proferida pelo Pleno” (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t.2, cit., p. 287-288).

⁷⁶⁷ BERTÃO, Rafael Calheiros. Op. Cit., p. 357.

demonstrar que o entendimento anterior não é mais válido; e de demonstrar que o novo entendimento, que invalida o precedente, é mais consentâneo com o texto constitucional⁷⁶⁸.

Nesse sentido, o novo Diploma Processual Civil inovou em nosso ordenamento ao estabelecer limites legais estritos para a mudança de posição sumulada. Agora, considera-se carente de fundamentação – e, portanto, *inconstitucional* – a sentença ou acórdão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”⁷⁶⁹. Não só isso. A alteração de enunciado ou verbete sumular dependerá de “fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”⁷⁷⁰. Trata-se, portanto, de evidente reforço na autoridade do verbete sumular, a impor caráter quase coativo ao respeito à eficácia vinculante da decisão.

II.5.5 Reclamação constitucional

Conforme se pôde observar da evolução da fiscalização normativa no Brasil, o processo de abstratização do controle de constitucionalidade obedeceu a um critério apriorístico. Desde a introdução do efeito vinculante na Constituição com a criação da ADC, passando pela equiparação da eficácia da Adin à ADC e finalmente desembocando na generalização da eficácia vinculativa a todos os instrumentos de controle abstrato, incluindo a ADPF, todos esses instrumentos pareciam desenhar-se para que, de suas decisões, fosse possível extrair o cabimento da reclamação constitucional para os casos em que a decisão fosse descumprida. E, como parece óbvio, esse curioso processo de engenharia reversa não poderia deixar de contaminar as demais hipóteses de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, a criação da súmula vinculante, com previsão expressa do cabimento de reclamação para as hipóteses de inobservância de seu preceito, insere-se no ambiente de abstratização do próprio controle concreto. Da mesma forma, a eventual discussão sobre o cabimento de reclamação nos casos de descumprimento de decisões

⁷⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1431. Grifo do original. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento dos referidos doutrinadores.

⁷⁶⁹ Cf. art. 489, §1º, inc. VI, do Novo Código de Processo Civil. Sobre o tema, cf., NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., p. 1246-1255.

⁷⁷⁰ Cf. art. 927, §4º, do Novo Código de Processo Civil. Sobre o tema, cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., p. 1961 e ss.

prolatadas em sede de repercussão geral em recurso extraordinário tendem a trazer ainda maior proeminência a esse instituto. Convém, portanto, esclarecer exatamente do que se está a tratar.

II.5.5.1 Escorço histórico

Instituída no ordenamento brasileiro através da Constituição Federal de 1988, a reclamação constitucional ainda não conforma um instrumento inteiramente compreendido pela doutrina e pela jurisprudência pátrias. Concebida para ser um modo de afirmação da autoridade institucional do Supremo Tribunal Federal, a reclamação foi ao longo do tempo alargando seu espectro de atuação, para enveredar-se por áreas talvez nunca imaginadas pelo legislador constituinte originário.

Antes do atual texto constitucional, a figura da reclamação já se insinuava no nosso sistema processual. No começo dos anos 50, experimentava-se certa tensão entre a Suprema Corte brasileira e os tribunais locais. Em face da resistência destes últimos em seguir, em certos casos, o que fora determinado pelo STF, não dispunha o cidadão, nem tampouco o próprio Supremo, de um instrumento processual destinado a assegurar a autoridade de sua decisão.

À falta de previsão normativa, a construção dogmática de algo semelhante à atual reclamação demandava bases na teoria dos poderes implícitos, de inspiração norte-americana⁷⁷¹. Após alguma relutância, o Supremo finalmente encampou a tese da reclamação como instrumento processual hábil a obrigar o cumprimento coercitivo de suas decisões. Entendeu-se, então, que a “criação de um remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel de suas sentenças está na vocação do STF”, a ser utilizado sempre que não fosse “possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas Justiças locais”⁷⁷². Estabelecidos os precedentes, o STF, com base na competência outorgada pela Constituição de 1946, acabou por inserir em seu regimento interno previsão acerca desse instituto⁷⁷³.

Àquela altura, a introdução desse novo instrumento não se fez à margem de questionamentos. De fato, era no mínimo duvidoso que se pudesse inferir de uma

⁷⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1375.

⁷⁷² STF – Pleno. Rcl. nº. 141/52. Relator: Min. Rocha Lagoa. Julgado em 21.1.52, publicado no DJ de 25.1.52.

⁷⁷³ ZARONI, Vivian. **A reclamação constitucional**. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/reclamacao-constitucional/112501/>. Acesso em 10.11.15, p. 2.

competência específica para dispor sobre seu próprio regimento a capacidade para instituir um instrumento processual inteiramente novo, com objeto e legitimação próprios, destinado a sindicat os descumprimentos das decisões emanadas pelo STF⁷⁷⁴.

Essa discussão, no entanto, acabou superada pelo advento da Constituição de 1967. Nela, dispunha-se que competiria ao Supremo, além das competências ordinariamente atribuídas pelos textos constitucionais anteriores, dispor sobre “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”⁷⁷⁵. Construiu-se, assim, uma excentricidade sem paralelo em nossa história constitucional: vivendo em um estado de exceção, no qual não se reconheciam direitos e garantias fundamentais ao cidadão, o Supremo Tribunal Federal era dotado de poder legiferante para elaborar seu regimento interno e, nele, dispor sobre o processamento de causas de sua originária competência⁷⁷⁶.

Talvez por entender esdrúxula a possibilidade de conferir a um órgão judiciário a competência simultânea para criar leis processuais e julgar causas com base nas normas por ele criadas, o constituinte de 1988 desapareceu com essa autorização. Não há nada que remeta a qualquer possibilidade de atuação legiferante por parte do Supremo Tribunal Federal. Numa leitura mais estrita da Constituição, até mesmo o seu regimento interno dependeria de aprovação de lei federal⁷⁷⁷.

Nada obstante a cassação dos poderes legiferantes do STF, o legislador constituinte originário não deixou a Corte desamparada quanto à defesa de sua própria autoridade. Pensando nisso, estabeleceu-se na Constituição de 1988 o cabimento da “reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”⁷⁷⁸. Com isso, ficaram ultrapassadas quaisquer discussões acerca da falta de autorização legislativa e da viabilidade de instituição regimental do novo instrumento. A reclamação, agora, tinha base constitucional⁷⁷⁹.

⁷⁷⁴ ZARONI, Vivian. Op. Cit., p. 3.

⁷⁷⁵ Cf. art. 115, parágrafo único, alínea ‘c’, da Constituição de 1967.

⁷⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 44.

⁷⁷⁷ Cf. art. 22, inc. I, da Constituição Federal de 1988. Como até o presente momento não sobreveio norma legislativa a regular o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, o regimento interno aprovado no ordenamento anterior continua em vigor (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 44. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador).

⁷⁷⁸ Cf. art. 102, inc. I, alínea ‘I’, da Constituição Federal de 1988.

⁷⁷⁹ Convém destacar que, de acordo com o texto constitucional, a reclamação não constitui exclusividade do Supremo Tribunal Federal. Ela é cabível também quando usurpada a competência ou para garantia das decisões do Superior Tribunal de Justiça (cf. art. 105, inc. I, alínea ‘f’, da Constituição Federal de 1988).

II.5.5.2 Reclamação constitucional x Queixa constitucional alemã (*Verfassungsbeschwerde*)

Um erro comum daqueles que abordam de maneira superficial a reclamação constitucional é tentar traçar paralelo entre o mecanismo brasileiro e uma via processual de nomenclatura semelhante existente no sistema germânico: a *Verfassungsbeschwerde*, traduzida ordinariamente para o vernáculo como “queixa constitucional”.

A confusão, contudo, não é de todo despropositada. Há, em verdade, várias pontos de contato entre o mecanismo tedesco e seu correlato nacional, a começar pela competência exclusiva da Corte Constitucional para seu processamento (Supremo Tribunal Federal, no Brasil; e *Bundesverfassungsgericht*, na Alemanha). Também à semelhança da reclamação constitucional brasileira, a *Verfassungsbeschwerde* estrutura-se como ação extraordinária, não como recurso processual, como ocorre, por exemplo, com o recurso extraordinário brasileiro. Sua propositura encontra-se franqueada a qualquer cidadão cujo direito fundamental tenha sido violado ou esteja na iminência de sê-lo. Trata-se, portanto, de “ação constitucional específica, de instância única e subsidiária”⁷⁸⁰. As semelhanças, contudo, param por aí.

O primeiro traço distintivo da queixa constitucional alemã em relação à reclamação constitucional do direito brasileiro revela-se na necessidade de prévio esgotamento das vias ordinárias para seu manejo, pressuposto processual inexistente no caso da reclamação constitucional, salvo, é claro, no caso de inobservância de decisão vinculante por autoridade administrativa⁷⁸¹.

Outra diferença marcante da reclamação constitucional em relação à queixa constitucional alemã expressa-se na capacidade processual. No caso brasileiro, configurando-se como ação constitucional, a reclamação não dispensa a intervenção de advogado para ajuizamento da demanda, vedada a possibilidade de propositura pela própria parte, ao contrário do que sucede com o *habeas corpus*⁷⁸². Na queixa alemã, pode ser dispensada a constituição de mandatário, desde que o Tribunal Constitucional entenda suficientes o “grau de amadurecimento ou sanidade mental do impetrante

⁷⁸⁰ MARTINS, Leonardo. Op. Cit., p. 59-60.

⁷⁸¹ HESSE, Konrad. **Significado dos direitos fundamentais**, cit., p. 36.

⁷⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit., p. 477.

(*Grundrechtsmundigkeit*)”, o que abre inclusive a possibilidade de ajuizamento da ação diretamente por menores de idade, alternativa inexistente no caso brasileiro⁷⁸³.

De mais a mais, a *Verfassungsbeschwerde* possui objeto de escrutínio judicial distinto do da reclamação constitucional brasileira. Na primeira hipótese, pressupõe-se a violação de direito fundamental do cidadão por ato do Poder Público, inclusive as que se reconduzam a omissões por parte do poder estatal⁷⁸⁴. Talvez por isso mesmo, “todas as *grandes decisões* do Tribunal Constitucional alemão nessa área, a começar pela sentença do caso *Luth*, se fizeram essencialmente em torno de casos que chegaram à sua apreciação” através desse instrumento⁷⁸⁵.

Já a reclamação do ordenamento brasileiro possui escopo de aplicação inteiramente diverso. Nela, pretende-se fiscalizar a implementação de decisões vinculantes do STF, em caso de descumprimento por outros órgãos do Poder Judiciário ou pela Administração pública, ou, ainda, em casos de usurpação de sua competência constitucional por outro órgão do Poder Judiciário⁷⁸⁶.

Desse modo, verifica-se que, a despeito da nomenclatura semelhante, ambos os mecanismos processuais possuem âmbito de aplicação completamente distintos. Enquanto a *Verfassungsbeschwerde* opera em regime de subsidiariedade, esgotadas as demais possibilidades de reversão do ato impugnado –seja pela via judicial, seja pela via administrativa –, a reclamação constitucional constitui-se em via principal de impugnação, ainda que seja imposto o exaurimento da via administrativa como pressuposto da ação no caso de descumprimento por autoridade pública⁷⁸⁷.

Por fim, os institutos também se apresentam dessemelhantes na medida em que a queixa constitucional alemã possui prazo rígido e vinculativo para sua propositura: um mês, em caso de impugnação de decisão judicial, até chegar ao prazo máximo de um ano, em certas contestações de atos normativos⁷⁸⁸. No caso brasileiro, não há qualquer limite temporal estabelecido. Advindo o descumprimento de decisão com eficácia vinculante ou presente a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, caberá o ajuizamento da reclamação. Eventual demora do autor da demanda implicará apenas mitigação do argumento da urgência, caso seja requerida a concessão de medida

⁷⁸³ MARTINS, Leonardo. Op. Cit., p. 62.

⁷⁸⁴ MARTINS, Leonardo. Op. Cit., p. 64.

⁷⁸⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 191.

⁷⁸⁶ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **O procedimento da reclamação**, cit., p. 325.

⁷⁸⁷ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**, cit., p. 80-81.

⁷⁸⁸ MARTINS, Leonardo. Op. Cit., p. 65.

liminar. Fora isso, o retardamento na propositura da demanda em nada prejudica a posição jurídica do requerente⁷⁸⁹.

Conclui-se, assim, que, embora haja inegáveis pontos de aproximação, a *Verfassungsbeschwerde* e a reclamação constitucional brasileira estruturam-se de maneira complementa diferente, possuindo requisitos processuais diversos e diferentes objetos de tutela judicial. A rigor, a identificação maior reside unicamente no nome (reclamação constitucional e queixa constitucional). Convenhamos, é o mesmo que nada. Não há razão, portanto, para confundir os dois instrumentos.

II.5.5.3 Reclamação constitucional x *Recurso de amparo*

Outro instituto alienígena comumente associado à reclamação constitucional radica no direito espanhol. Trata-se, aqui, do *recurso de amparo*⁷⁹⁰. Previsto no artigo 53 de *La Moncloa*, o recurso de amparo visa a tutelar direitos e liberdades garantidos pela Constituição espanhola. Sua regulação infraconstitucional determina que “os direitos e liberdades reconhecidos nos artigos 14.º a 29.º da Constituição serão susceptíveis de amparo constitucional, nos casos e formas que esta Lei estabelece, sem prejuízo da sua tutela geral atribuída aos Tribunais de justiça”⁷⁹¹. Franqueado a qualquer cidadão, tal espécie processual garante ao autor o acesso direto e imediato ao Tribunal Constitucional, por intermédio de uma via preferencial e sumária⁷⁹².

Dúvidas não há de que o recurso de amparo representa manifestação concreta do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, assegurada no texto constitucional hispânico⁷⁹³. Se a justiça constitucional constitui o “*coroamento* do Estado de Direito”, não há dúvidas de que o recurso de amparo “seria o seu *fecho*”⁷⁹⁴. Não se trata, portanto, de garantir somente o acesso às cortes judiciais em caso de violação ou ameaça

⁷⁸⁹ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Liminar em reclamação. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs). **Reclamação Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 212.

⁷⁹⁰ VILLAMIL, Óscar Alzaga. Op. Cit., p. 703 e ss.

⁷⁹¹ Cf. art. 41, n. 1, da Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁷⁹² Cf. arts. 53, n. 2 e 161, n. 1, ‘d’, da Constituição Espanhola de 1976. Nesse sentido, cf. FALLA, Fernando Garrido. **Comentários a la Constitución**. Madrid: Civitas, 1985, p. 894.

⁷⁹³ Cf. art. 24, n. 1, da Constituição Espanhola de 1976. Sobre o tema, cf. VILLAAMIL, Óscar Alzaga. Op. Cit., p. 190.

⁷⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 184. Grifos do original.

de violação a direito, mas, sim, de garantir que a providência jurisdicional seja *efetiva*, direito não inteiramente assegurado no ordenamento jurídico brasileiro⁷⁹⁵.

Do ponto de vista dogmático, a principal característica a aproximar o recurso de amparo espanhol da reclamação constitucional brasileira reside na aptidão que ambos os instrumentos exibem de postular a execução de julgados das cortes superiores, em especial do Tribunal Constitucional⁷⁹⁶. Cumpra a qualquer parte “cumprir as sentenças e demais resoluções firmes dos juízes e tribunais, assim como prestar a colaboração requerida por estes no curso do processo e na execução do decidido”⁷⁹⁷. Isso se deve ao fato de que, uma vez descumprida a decisão de um juízo qualquer, restará descumprida a própria Constituição. Eis a razão pela qual o recurso de amparo presta-se à “preservação da autoridade das decisões”⁷⁹⁸.

O recurso de amparo encontra outro inegável ponto de contato com a reclamação constitucional na medida em que veicula também a usurpação de competência dos tribunais superiores – incluído nesse grupo, por óbvio, o tribunal constitucional – por outros juízos espalhados pelo país⁷⁹⁹. Nessa modalidade, o recurso de amparo, à semelhança da reclamação constitucional brasileira, desenvolve-se como instrumento de garantia simultânea da autoridade das cortes superiores e da preservação do princípio do juiz natural⁸⁰⁰. Embora o Tribunal Constitucional Espanhol não integre a estrutura do Poder Judiciário⁸⁰¹, é possível através da reclamação que ele imponha aos tribunais judiciais a sua interpretação do texto constitucional, que de resto ficaria capenga sem um veículo próprio para proporcionar efetividade ao modelo cassatório vigente em seu ordenamento⁸⁰². A partir daí, recurso de amparo e reclamação constitucional adotam rumos distintos.

Em primeiro lugar, o recurso de amparo espanhol ostenta indiscutível caráter excepcional, haja vista ser necessário que a parte que o reclama apresente à Corte uma situação de violação real e efetiva de direito ou liberdade fundamental⁸⁰³. E não só

⁷⁹⁵ Nesse sentido, cf. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. A reclamação constitucional no direito comparado. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs). **Reclamação Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 352.

⁷⁹⁶ FALLA, Fernando Garrido. Op. Cit., p. 893.

⁷⁹⁷ Cf. art. 118 da Constituição Espanhola de 1976.

⁷⁹⁸ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **A reclamação constitucional no direito comparado**, cit., p. 353.

⁷⁹⁹ FALLA, Fernando Garrido. Op. Cit., p. 894.

⁸⁰⁰ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **A reclamação constitucional no direito comparado**, cit., p. 354.

⁸⁰¹ VILLAAMIL, Óscar Alzaga. Op. Cit., p. 695 e ss.

⁸⁰² ENTERRÍA, Eduardo García. **Democracia, jueces y control de la Administración**. Madrid: Civitas, 1995, p. 119-120.

⁸⁰³ FALLA, Fernando Garrido. Op. Cit., p. 895.

isso. A lesão ou ameaça de lesão deve ser “actual, pessoal e imediata”, assim como deve respeitar “os prazos previstos para recorrer”⁸⁰⁴. Ao seu revés, a reclamação constitucional brasileira, em que pese certa excepcionalidade no manejo, dispensa a violação de direito ou garantia fundamental, senão do próprio descumprimento de decisão do Supremo Tribunal Federal ou de usurpação de sua competência⁸⁰⁵.

Em segundo lugar, assim como no caso da queixa constitucional alemã, o recurso de amparo possui nítida feição subsidiária. É dizer: somente depois de esgotados todos os meios de impugnação do ato sindicado, quer no âmbito administrativo, quer no âmbito judicial, é possível valer-se do amparo⁸⁰⁶. Já no caso da reclamação constitucional brasileira, apesar da imposição de prévio esgotamento da via administrativa para o manejo do instrumento, o veículo constitui-se com via principal de impugnação, e não como instrumento meramente subsidiário⁸⁰⁷.

Em terceiro lugar, tampouco poderá a parte utilizar-se do recurso de amparo para postular outras pretensões senão aquelas “dirigidas a restabelecer ou preservar os direitos ou liberdades em razão dos quais se formulou o recurso”⁸⁰⁸. No caso da reclamação constitucional brasileira, se houver a procedência do pedido, determina-se a cassação do ato judicial ou administrativo impugnado, com a consequente prolação de outro, consonante com o entendimento do STF, em seu lugar. Nas hipóteses de usurpação de competência, o resultado é o traslado do processo ao Supremo, passando o Tribunal a julgar o mérito da questão, independentemente da natureza do pedido formulado⁸⁰⁹.

Por fim, de novo à semelhança da *Verfassungsbeschwerde*, o recurso de amparo possui prazo exíguo para sua apresentação. Esgotadas as alternativas administrativas ou judiciais, o recurso deve ser apresentado no prazo máximo de 20 dias, a contar da notificação da última decisão proferida no processo judicial, quando o caso derivar de ato ou omissão da Administração Pública⁸¹⁰. Se, no entanto, a hipótese for de

⁸⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 194.

⁸⁰⁵ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **O procedimento da reclamação**, cit., p. 327-329.

⁸⁰⁶ FALLA, Fernando Garrido. Op. Cit., p. 894-895.

⁸⁰⁷ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **O procedimento da reclamação**, cit., p. 322.

⁸⁰⁸ Cf. art. 41, n. 3, da Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Essa característica, aliás, leva alguns doutrinadores a confundir o recurso de amparo com o mandado de segurança, por exemplo. Para a confusão, cf. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. Cit., p. 55.

⁸⁰⁹ É o caso, por exemplo, de usurpação de competência em matéria penal, nos casos de autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, na qual o deferimento da reclamação induz o julgamento do caso pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa A eficácia da reclamação constitucional. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs.). **Reclamação Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 393.

⁸¹⁰ Cf. art. 43, n. 2, da Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

violação resultante de ato exclusivamente judicial, estende-se um pouco mais o prazo para interposição: 30 dias⁸¹¹.

No caso da reclamação constitucional brasileira, a lei não estabelece qualquer prazo para sua apresentação. Respeitado o trânsito em julgado do ato judicial impugnado⁸¹², caberá a qualquer tempo o ajuizamento da reclamação, seja em caso de inobservância de decisão dotada de efeito vinculante, seja em caso de usurpação de competência do STF. É certo, contudo, que a demora na apresentação do instrumento depõe contra eventual urgência da medida, prejudicando eventual postulação de liminar antecipatória. De resto, não há qualquer outra medida sancionatória para a demora do autor⁸¹³.

II.5.5.4 Natureza jurídica

A natureza jurídica da reclamação constitui-se em tema dos mais controvertidos em sede doutrinária e jurisprudencial⁸¹⁴. À falta de consenso, somou-se a imaginação dos juristas, tal foi a quantidade de teorias desenvolvidas para procurar explicar a reclamação sob uma perspectiva jurídica. Abordemos, então, cada uma delas.

II.5.5.4.1 Natureza administrativa x natureza jurisdicional

Inicialmente, houve quem defendesse ser a reclamação medida administrativa⁸¹⁵. Seria ela, na verdade, uma variante da chamada “correição parcial”, instrumento através do qual, no processo civil pré-1973, sindicava-se a atividade tumultuária do juiz no processo⁸¹⁶. Para essa corrente, a reclamação não teria o condão de deflagrar uma relação jurídica autônoma, senão a de impor administrativamente a autoridade da decisão prolatada pelo STF a outro órgão judiciário. Nessa óptica, o

⁸¹¹ Cf. art. 44, n. 2, da Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁸¹² Cf. Súmula 734 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

⁸¹³ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Op. Cit., p. 212.

⁸¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1375.

⁸¹⁵ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit., p. 466..

⁸¹⁶ DONIZETTI, Elpidio. **Ações constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 270.

instrumento seria uma modalidade de “comando forçado” determinado por órgão superior a órgão inferior⁸¹⁷.

Essa posição, contudo, apresentava bases deveras frágeis. À partida porque, dependendo de provocação da parte e de manifestação do Supremo acerca da matéria, parecia evidente o caráter jurisdicional da reclamação. A correição parcial, por sua vez, conforma medida de nítido caráter administrativo, visto que, embora possa ser requerida pela parte, segue a regra de que se instaura *ex officio*. Ademais, o fim visado é inteiramente diverso. Enquanto na reclamação propugna-se à cassação do ato reclamado ou mesmo à avocação dos autos – nos casos de usurpação de competência –, a correição parcial postula o afastamento de ato judicial abusivo ou a impugnação da “inversão tumultuária do feito”⁸¹⁸.

Para além dessas diferenças, parece manifestamente equivocado compreender o sistema judiciário brasileiro como uma estrutura fundada numa cadeia de comando. A liberdade de convencimento do julgador constitui garantia das mais fundamentais em nosso ordenamento. Por isso mesmo, a ligação entre juízes e tribunais, e entre estes e tribunais superiores, conforma-se através de vínculo funcional, não de um pressuposto de obediência hierárquica. Pensar o contrário seria transformar o Poder Judiciário em simulacro togado das Forças Armadas. Hoje, já não sobrevive na doutrina posição relevante a negar a natureza eminentemente jurisdicional da medida⁸¹⁹.

II.5.5.4.2 Natureza jurídica recursal

Superada a posição inicial e firmada a natureza jurisdicional da medida, há de firmar-se, em sequência, a natureza litigiosa do instrumento. Ao contrário do que defende parte da doutrina, não há na reclamação nada a indicar tratar-se de modalidade específica de jurisdição voluntária⁸²⁰. Seja qual for a sua vertente – garantir a autoridade de decisão do Supremo ou resguardar a sua competência – não restam dúvidas de que nela se manifesta um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida⁸²¹.

⁸¹⁷ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 556.

⁸¹⁸ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 556.

⁸¹⁹ Nesse sentido, cf. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1375.

⁸²⁰ Nesse sentido, cf. PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 619.

⁸²¹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação constitucional. In FARIAS, Cristiano Chaves de; e DIDIER JR., Freddie. **Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 341.

Caracterizada a reclamação como instrumento de natureza jurisdicional contenciosa, as posições doutrinárias dividiram-se quanto à sua natureza jurídica em dois pólos antagônicos: para o primeiro, a reclamação teria natureza recursal (recurso *stricto sensu* ou incidente processual)⁸²²; para o segundo, teria natureza autônoma (manifestação concreta do direito de petição ou ação própria)⁸²³.

Aqueles que defendem a natureza recursal da reclamação firmam seu entendimento no fato de que a reclamação visa de maneira precípua à reforma de uma decisão judicial. Talvez por inspiração do ordenamento português, no qual a reclamação desempenha em regra função semelhante ao do nosso agravo – ou seja, impugnar decisão que nega subida a determinado recurso –, os adeptos dessa corrente entendem que também aqui ela teria igual natureza⁸²⁴. Como o instrumento destina-se a sindicat decisões judiciais, submetendo-as ao crivo de uma instância superior – no caso, o STF –, nada mais lógico senão a entender como recurso em seu sentido estrito⁸²⁵. Sob esse prisma, seria a reclamação “instrumento de extração constitucional, destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal, de um lado, e a garantia da autoridade de suas decisões, de outro”⁸²⁶.

Em sentido contrário, argumenta-se que não se pode entender a reclamação como recurso, uma vez não haveria como sustentar tal natureza nos casos de reclamação apresentada para afastar usurpação de competência da Suprema Corte. Não há – ou, mais especificamente, não há *necessariamente* – uma decisão judicial da qual resulte sucumbência para uma das partes, providência indispensável para um instrumento que reclama a natureza jurídica de recurso. Em verdade, o mero processamento da causa em instância diversa da prevista constitucionalmente – neste caso, do STF – já justifica o manejo da reclamação a fim de impedir a usurpação de competência da Suprema Corte⁸²⁷.

Fora dessa hipótese, tampouco a reclamação constitui prolongamento do direito de ação, a protelar o trânsito em julgado da decisão do processo e devolvendo-o ao

⁸²² Nesse sentido, cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **A correção parcial**. São Paulo: Bushatsky, 1969, p. 110.

⁸²³ Nesse sentido, cf. ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento da reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da Lei nº. 11.417/2016. In **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 394, nov./dez. 2007, p. 60-62.

⁸²⁴ É o caso, por exemplo, de José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 233).

⁸²⁵ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 561.

⁸²⁶ STF – Pleno. MC na Rcl. Nº. 9.323/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 19.11.09, publicada no DJ de 25.11.09.

⁸²⁷ DONIZETTI, Elpidio. **Ações constitucionais**, cit., p. 271.

conhecimento do órgão *ad quem*. Nesse sentido, não constitui excesso de preciosismo observar que a reclamação encontra-se prevista no rol de instrumentos de competência originária do STF⁸²⁸. Em âmbito recursal, o Tribunal processa apenas os recursos ordinários, geralmente interpostos em face de decisões tomadas pelos tribunais locais como instância inicial, e os recursos extraordinários⁸²⁹. Logo, descabe falar-se em reclamação como recurso. Ao contrário, a reclamação inaugura uma relação processual nova, sendo dispensável até mesmo que as partes do processo sejam as mesmas⁸³⁰.

Por fim, a posição dos que defendem a reclamação como recurso encontra óbice intransponível no princípio da *taxatividade recursal*⁸³¹. Com efeito, o princípio da taxatividade estabelece que os recursos a serem manejados pelas partes são aqueles – e somente aqueles – previstos na lei processual. Veda-se às partes, portanto, a criação de instrumentos de manifestação de inconformismo contra decisões judiciais fora das hipóteses taxativamente previstas na legislação. E, como se sabe, “qualquer um daqueles institutos tem natureza processual e a competência para legislar sobre direito processual é privativa da União”⁸³².

Concluindo-se que os recursos são arrolados *in numerus clausus*, é de concluir-se, também, que a ausência da reclamação nesse rol exaustivo depõe contra a suposta natureza recursal do instrumento⁸³³.

II.5.5.4.3 Natureza jurídica incidental

Também não parece admissível emprestar à reclamação a natureza de incidente processual. Se antes parcela diminuta dos autores posicionava-se nesse sentido⁸³⁴, hoje esse entendimento tornou-se virtualmente inexistente na doutrina relevante⁸³⁵. A despeito de haver decisões do STJ nesse sentido⁸³⁶, o fato é que a reclamação pode ter como base um processo originário, dela resultando a interposição de

⁸²⁸ Cf. art. 102, inc. I, “I” e art. 105, inc. I, “f”, da Constituição Federal de 1988.

⁸²⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 221-225.

⁸³⁰ DONIZETTI, Elpidio. **Ações constitucionais**, cit., p. 271.

⁸³¹ NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**, cit., p. 67.

⁸³² STF – Pleno. Rcl nº. 7.740/GO. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 12.5.09, publicada no DJ de 19.5.09.

⁸³³ DONIZETTI, Elpidio. **Ações constitucionais**, cit., p. 271.

⁸³⁴ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Op. Cit., p. 110.

⁸³⁵ HOMMERDING, Adalberto Narciso. Reclamação e correição parcial: critérios para distinção. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs.) **Reclamação constitucional**. Salvador, Juspodium, 2013, p. 48-49.

⁸³⁶ STJ – I Seção. Rcl. Nº. 5.488/SP. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em 26.10.11, publicada no DJ de 7.11.11.

incidente a uma corte superior. Todavia, essa é apenas uma das hipóteses a circunscrevê-la. Restaria explicar os casos em que a reclamação opera de forma autônoma, sem que esteja conectada a um processo anterior⁸³⁷.

De fato, para caracterizar-se qualquer instrumento jurídico como incidental, deve-se partir do pressuposto que existe uma ação prévia em curso, do qual o incidente exsurge ou no qual se manifesta. Não assiste semelhante hipótese para a reclamação. Para tanto, basta recordar que a reclamação será cabível não somente quando existente ação judicial em curso, mas mesmo nos casos de mera decisão administrativa, como ocorre com os atos praticados por autoridades não investidas de poder jurisdicional que confrontem súmula vinculante. Nesse caso, não haveria como sustentar a natureza incidental da reclamação, visto que ausente qualquer processo judicial, preparatório ou em curso, sobre o qual o instrumento poderia incidir⁸³⁸.

Dessa forma, parece claro que a reclamação veicula pretensão resistida (lide), decorrente ou do descumprimento de decisão com eficácia vinculante do Supremo Tribunal Federal ou da usurpação de sua competência, o que desnatura por completo a compreensão que pretende reduzi-la a mero incidente processual⁸³⁹.

II.5.5.4.4 Reclamação como manifestação do direito de petição

Uma vez constatado que a reclamação não possui natureza recursal, o consectário imediato é entendê-la como instrumento autônomo. Isso, contudo, não resolve definitivamente a questão. Comprovada sua autonomia, seria a reclamação tão-somente manifestação concreta do direito de petição? Ou seria ela verdadeira ação autônoma, não se relacionando diretamente com o direito fundamental de petitório?

Sem dúvida, a primeira corrente congrega mais adeptos. Doutrinadores de peso afastam a natureza recursal, porque não se está a pretender a reforma da decisão, mas, sim, assegurar sua autoridade⁸⁴⁰. Tampouco se poderia afirmar que o instrumento teria natureza incidental, pois o processo já se encontraria encerrado. Por fim, não se poderia afirmar que a reclamação constituiria ação autônoma, vez que não se pretende propriamente demandar contra terceiro. Na prática, seria ela apenas um meio para

⁸³⁷ ZARONI, Vivia. Op. Cit., p. 7.

⁸³⁸ DONIZETTI, Elpidio. Op. Cit., p. 271.

⁸³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1375.

⁸⁴⁰ HOMMERDING, Adalberto Narciso. Op. Cit., p. 51.

“postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento”⁸⁴¹.

Pesa também em favor dessa corrente algumas manifestações do próprio Supremo Tribunal Federal. Chancelando esse entendimento, a Ministra Ellen Gracie assentou certa feita que “a natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual”. Para a ministra, a reclamação “situa-se no âmbito do direito constitucional de petição, previsto no art. 5º, inc. XXXIV, da Constituição Federal”⁸⁴².

O grande problema dessa posição reside nos transtornos práticos e jurídicos que dela decorrem. Como exposto no próprio julgado, se for verdade que a reclamação situa-se dentro do direito constitucional de petição, não seria esdrúxulo imaginar que as cortes estaduais pudessem admitir reclamações em casos de suas competências, ainda que inexistente qualquer competência constitucional para tanto. Na verdade, tal precedente autoriza a alarmante conclusão de que os Estados-membros podem, à revelia da competência exclusiva da União para legislar em matéria processual⁸⁴³, criar instrumentos semelhantes à reclamação constitucional, destinados à “preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de juízo ou outro tribunal local”⁸⁴⁴.

Além de dar margem à criação de instrumentos processuais “paraconstitucionais”, a posição do Supremo abre espaço para verdadeira balbúrdia processual. Imagine-se, por exemplo, um tribunal de justiça de determinado Estado entender que sua competência está a ser usurpada por tribunal de justiça de outro Estado, ou, pior, por um tribunal regional federal. Estaria ele autorizado a avocar processo de seu congênere estadual ou federal para outorgar-se a competência para julgar o processo? No limite, ter-se-ia tribunais de *status* constitucional equivalente prolatando medidas de idêntico conteúdo, com igual força, mas de sentido contrário entre si.

Tal incoerência não passou despercebida no julgamento dessa Adin. Em seu voto, o Ministro Maurício Corrêa alertou para os riscos “ruptura do equilíbrio das instituições judiciárias” caso se admitisse que um tribunal de justiça estadual pudesse decidir, “em sede de reclamação, que um Juiz Federal, um Tribunal Regional Federal, um

⁸⁴¹ BARBOSA, Maria Lúcia de Magalhães. **Reclamação Constitucional**. Rio de Janeiro: BPUC/RJ 2009, p. 31.

⁸⁴² Cf. STF – Pleno. Adin nº. 2.212/CE. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em 2.10.03, publicada no DJ de 14.11.03.

⁸⁴³ Cf. art. 22, inc. I, Constituição Federal de 1988.

⁸⁴⁴ Cf. voto da Ministra Ellen Gracie na citada Adin 2.212/DF.

Juiz do Trabalho ou um Tribunal de outro Estado estaria usurpando sua competência ou descumprindo suas decisões”⁸⁴⁵. Justamente para evitar conflitos entre tribunais de mesmo patamar foi que o legislador constituinte outorgou ao Superior Tribunal de Justiça o poder de resolver “os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, ‘o’, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos”⁸⁴⁶. E, para os conflitos entre tribunais superiores, atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para sua resolução⁸⁴⁷.

Conclui-se, portanto, que a posição esboçada pela Ministra Ellen Gracie na referida ação direta de inconstitucionalidade não somente é desprovida de amparo jurídico, como ainda chega ao limite de confrontar-se com o texto da própria Constituição.

II.5.5.4.5 Reclamação como ação constitucional

Verdadeiramente, parece claro que a reclamação ostenta natureza jurídica de ação em sentido estrito. Com efeito, através dela pode-se provocar o exercício da jurisdição e demandar ao Supremo Tribunal Federal a concessão de tutela jurisdicional. Por qualquer ângulo que se lha observe, haverá lide, isto é, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, segundo a clássica definição de Carnelutti⁸⁴⁸. Ela consiste na intenção do autor de ver preservada a autoridade ou garantida a eficácia de alguma decisão do STF e, de outra banda, na negativa da parte reclamada da usurpação de competência ou de desrespeito à decisão do Supremo⁸⁴⁹.

Não se afigura razoável entender que a reclamação não poderia ostentar a qualidade de ação sob o pretexto de que o juízo reclamado jamais poderia ser qualificado como parte, em seu sentido técnico-processual. Essa perspectiva encerra dois graves equívocos. Primeiro, ela prende-se a uma única faceta da reclamação (usurpação de competência), ignorando seu igual cabimento para garantir a autoridade das decisões emanadas do STF. Segundo, ainda nessa hipótese, a simples circunstância de o juízo reclamado não poder ser considerado como parte não afasta a qualidade de ação do

⁸⁴⁵ Cf. voto do Ministro Maurício Côrrea na Adin 2.212/DF.

⁸⁴⁶ Cf. art. 105, inc. I, alínea “d”, da Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. Cit., p. 811.

⁸⁴⁷ Cf. art. 102, inc. I, alínea “o”, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, cf. FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 508.

⁸⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas : Servanda, 1999, v. I, p. 80.

⁸⁴⁹ Nesse sentido, cf. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1376.

instrumento. Do contrário, seríamos forçados a aceitar que também as ações de *habeas corpus* e os mandados de segurança não poderiam ser tipificados como ação, vez que de igual as autoridades tidas como coatoras tampouco poderiam ser qualificadas como “partes”, no seu estrito sentido processual⁸⁵⁰.

Ademais, não há como considerar o instrumento mero exercício de direito de petição quando este revela inequívoco caráter administrativo, não podendo, por óbvio, ter maiores efeitos sobre a atividade judicante. Reconhecendo-se à reclamação o poder de interferir de maneira direta em processos desenvolvidos em âmbito jurisdicional, não há como deixar de caracterizá-la como efetiva ação judicial⁸⁵¹.

Tampouco parece crível emprestar à reclamação o caráter de mera providência administrativa quando somente no âmbito puramente administrativo podem os órgãos de segundo grau impor, por assim dizer, sua hierarquia aos órgãos inferiores. Qualquer entendimento de que a reclamação poderia revelar-se variante de controle administrativo da atividade judicial, exercido ou não por meio de direito de petição, implicaria inaceitável violação do princípio da independência judicial, verdadeiro baluarte do Estado Democrático de Direito⁸⁵².

Conclui-se, assim, que a reclamação possui a natureza jurídica de *ação*, representando um meio de impugnação incidental a uma contenda em curso, desprovida, no entanto, do poder de invalidar ou reformar a decisão nele proferida⁸⁵³. É através desse mecanismo que se assegura ao Supremo o “seu primado decisório”⁸⁵⁴. Ademais, ela também assume, numa perspectiva pragmática, a forma de “via de proteção da Jurisdição Constitucional”⁸⁵⁵, na medida em que impõe a eficácia das decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, em suma, de uma ação constitucional, de cognição exauriente e natureza mandamental, pois seu fim último é assegurar a autoridade do STF, seja pela velar contra a usurpação de sua competência, seja para garantir a eficácia das decisões que prolate⁸⁵⁶.

II.5.5.5 Cabimento

⁸⁵⁰ Nesse sentido, cf. ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Op. Cit., p. 207.

⁸⁵¹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional**, cit., p. 453.

⁸⁵² DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional**, cit., p. 453.

⁸⁵³ ROSSI, Júlio César. **Revista Dialética de Processo Civil**, n. 19, p. 49-60, out. 2004, p.50.

⁸⁵⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 309.

⁸⁵⁵ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 557.

⁸⁵⁶ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 563.

II.5.5.5.1 Usurpação de competência

Assim como o próprio instrumento, as hipóteses de cabimento da reclamação evoluíram bastante ao longo tempo. Se antes sua aplicação estava restrita na prática às hipóteses de usurpação de competência do STF por outro órgão judiciário, hoje a reclamação desempenha papel preponderante na atividade jurisdicional do Supremo. E não seria exagerado dizer que, no que toca à fiscalização, a reclamação ocupa atualmente *posição central* no âmbito do controle de constitucionalidade.

Concebida para ser instrumento de caráter excepcional, a reclamação destinava-se em especial aos casos de usurpação da competência do STF pelas cortes inferiores. Além das hipóteses óbvias de processamento de causas cuja competência a Constituição cometa ao Supremo – como, por exemplo, um juiz de 1º grau pretender julgar o Presidente da República por crime comum –, há também a possibilidade de usurpação da competência do Supremo através de atos omissivos por parte de outros órgãos judiciais⁸⁵⁷. A isso acresce o entendimento de que as regras de competência do Supremo Tribunal Federal seguem uma lógica de direito estrito, uma vez que haurem seu fundamento diretamente do texto constitucional. Sua ampliação ou sua restrição, portanto, parecem defesas ao legislador ordinário⁸⁵⁸.

Imagine-se, por exemplo, um recurso extraordinário interposto por um cidadão. Como se sabe, o recurso extraordinário segue a lógica da *dupla admissibilidade*⁸⁵⁹. Isso significa que tal recurso tem seus requisitos de seguimento analisados, primeiramente, pelo presidente do tribunal no qual foi proferida a decisão recorrida, e, posteriormente, pelo próprio STF, a quem competirá dar a última palavra sobre a viabilidade jurídica do recurso. Se o presidente do tribunal local reter o recurso sem apreciação, estará, de maneira implícita, violando a competência do Supremo. Sem os autos do processo, estará o Supremo Tribunal Federal, na prática, impedido de exercer seu juízo de admissibilidade da irresignação. Caberia, nessa hipótese, reclamação para forçar a subida do recurso à Suprema Corte⁸⁶⁰.

⁸⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1375.

⁸⁵⁸ GOUVÊA, Luís Felipe Espíndola. A inconstitucionalidade das novas hipóteses de reclamação previstas no Novo Código de Processo Civil. In **Revista de Processo**. Vol. 253. Ano 41. p. 257-270. São Paulo: RT, mar./2016, p. 263. O Ministro Marco Aurélio Mello já manifestou esse mesmo entendimento em inúmeros julgados. Cf., por todos, STF – Pleno. AgRg no Inquérito nº. 3.515/SP. Julgado em 13.2.14, publicada no DJ de 13.3.14.

⁸⁵⁹ SILVA, Bruno Mattos e. Op. Cit., p. 14.

⁸⁶⁰ DONIZETTI, Elpidio. **Ações constitucionais**, cit., p. 278.

Por vezes, a usurpação de competência dá-se obliquamente, isto é, pelo processamento de causas cuja competência a Constituição atribui ao Supremo, mas, por conta de controvérsia judicial acerca do cabimento do pedido, acabam sendo trasladadas aos juízos de 1º grau. É o caso, por exemplo, das ações civis públicas que visem, de maneira implícita, à declaração de inconstitucionalidade de lei federal⁸⁶¹. Nesses casos, a ação civil pública estaria a desempenhar papel semelhante ao da ação direta de inconstitucionalidade, representando burla manifesta à competência constitucional do Supremo.

Não menos graves são os casos de processamento, em primeiro grau de jurisdição, de pedidos fundados em omissão do legislador quanto à regulamentação de direito fundamental previsto na Constituição Federal. Para esse tipo de pedido, o texto constitucional estabelece um único instrumento: o *mandado de injunção*. E a competência para processá-lo é imputada a um único órgão: o *Supremo Tribunal Federal*. Todavia, antes da regulamentação legal, eram processados em primeiro grau de jurisdição todos os casos em que se postulava a publicação de pedidos de resposta em veículos de mídia, hipótese para a qual seria cabível, em tese, o mandado de injunção⁸⁶².

II.5.5.5.2 Garantia da autoridade das decisões do STF

II.5.5.5.2.1 Primeiros passos

Além da hipótese de usurpação de competência do STF, caberá também reclamação nos casos de desobediência a decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas.

Inicialmente, o Supremo rejeitava a possibilidade de manejo da reclamação no âmbito do controle abstrato de normas. De acordo com esse entendimento, a “natureza eminentemente objetiva do processo de ação direta” afastaria o cabimento da reclamação como instrumento de garantia da autoridade das decisões da Corte, visto não haver “interesses subjetivos de terceiros a resguardar”⁸⁶³. Para o Supremo, portanto, tal possibilidade restringia-se aos casos em que o autor da reclamação fosse um dos

⁸⁶¹ STF – Pleno. Rcl nº. 1.503/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em 17.11.11, publicado no DJ de 10.2.02.

⁸⁶² Para a crítica a essa deturpação e explicação detalhada da controvérsia, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 275-276.

⁸⁶³ STF – Pleno. AgRg na Rcl. nº. 354/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgada em 16.5.91, publicada no DJ de 28.6.91.

legitimados a deflagrar o processo de controle abstrato de normas e que o objeto fosse rigorosamente idêntico ao sindicado na Adin⁸⁶⁴.

Pouco tempo depois, o Ministro Celso de Mello defendeu uma discreta ampliação desse entendimento. Para o ministro, deveria reconhecer-se aos outros órgãos legitimados a deflagrar o processo de controle abstrato a possibilidade de utilização do instrumento. Dessa forma, mesmo órgãos que não tivessem participado originariamente do processo poderiam demandar seu cumprimento pela via reclamationária⁸⁶⁵.

Embora ampliado, esse entendimento conferia alcance deveras restrito à reclamação. Para a imensa maioria da doutrina, o mais correto seria imaginar que o legislador constituinte originário pensara na reclamação como *meio de execução dos julgados* proferidos pelo Supremo Tribunal Federal nos procedimentos de controle objetivo de normas⁸⁶⁶. Seria através da reclamação que a Suprema Corte poderia sindicat atos contrários às decisões prolatadas em sede de controle abstrato de normas, de maneira a coagir os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração em geral a seguir o entendimento firmado⁸⁶⁷.

Nesse contexto, a timidez inicial do Supremo Tribunal Federal acabou por ser superada após a introdução da EC nº. 3/93. A partir de então, a reclamação “ganhou fôlego”⁸⁶⁸. Com a criação da ADC, previu-se expressamente o uso da reclamação a fim de resguardar a autoridade da decisão proferida pelo Supremo em sede de ação declaratória de constitucionalidade⁸⁶⁹. A isso somou-se as posteriores introduções de novas hipóteses de cabimento para o mecanismo, como nos casos da Adin, da ADPF e da própria súmula vinculante (EC nº. 45/2004), o que deu à reclamação “contornos diferenciados na garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal ou na preservação de sua competência”⁸⁷⁰. Dúvidas não havia, portanto, acerca do cabimento e do alcance dessa categoria de ação constitucional.

⁸⁶⁴ Cf. , por exemplo, a Rcl. n.º 399/PE. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 7.10.93, publicada no DJ de 24.3.95; QO na Rcl n.º 397/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 25.11.92, publicada no DJ de 21.5.93; e a Rcl n.º 447/PE. Relator: Ministro Sydney Sanches. Julgado em 16.2.95, publicada no DJ de 31.3.95.

⁸⁶⁵ STF – Pleno. QO na Rcl. n.º 385/MA. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26.3.92, publicada no DJ de 18.6.93.

⁸⁶⁶ Nesse sentido, cf. BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. Op. Cit., p. 73.

⁸⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1376.

⁸⁶⁸ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 570.

⁸⁶⁹ No mesmo sentido, cf. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1376.

⁸⁷⁰ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 570.

II.5.5.5.2.2 A viragem paradigmática

O problema, contudo, residia em saber se o entendimento do Supremo quanto à legitimidade ativa para ajuizamento da reclamação não importava excessiva restrição ao emprego desse mecanismo constitucional. É dizer: se um dos legitimados a deflagrar o processo de controle abstrato de normas sofresse os efeitos do descumprimento da decisão vinculante tomada pelo STF, poderia valer-se da reclamação para impor à parte recalcitrante o seu cumprimento. Todavia, se um particular se enquadrasse na mesmíssima situação e fosse submetido ao mesmíssimo descumprimento, deveria recorrer às vias ordinárias de jurisdição para fazer valer a decisão no caso concreto. Estava em xeque, pois, o próprio conceito de validade *erga omnes* das decisões proferidas pelo Supremo em controle abstrato de normas.

Diante do novo paradigma normativo, em especial após as Leis nºs. 9.868/99 e 9.882/99, o STF resolveu operar uma radical viragem jurisprudencial no ano de 2002. Por ocasião do julgamento da Reclamação nº. 1.880/SP, a Corte ampliou as hipóteses de cabimento da reclamação, para nelas incluir todo e qualquer caso em que a parte demonstrasse prejuízo resultante de decisões administrativas ou judiciais tomadas em desacordo com o estabelecido em acórdão com eficácia vinculante⁸⁷¹.

Para o Supremo, sendo a reclamação um instrumento destinado a conferir eficácia prática às decisões tomadas em controle abstrato pelo Supremo, não se podia admitir que sua legitimidade fosse restringida. Afinal, ou a decisão valeria de fato para todos, ou não se cuidaria de uma decisão *erga omnes*. Assim, qualquer pessoa – e não somente os legitimados previstos no art. 103 da CF/88 – poderia apresentar reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sempre que demonstrasse o descumprimento, no caso concreto, de decisão proferida em sede de controle abstrato de normas⁸⁷². A reclamação, assim, converte-se em um instrumento destinado a “imprimir força aos princípios do juiz natural (quando é caso de invasão de competência) e da tutela jurisdicional adequada (quando é caso de desobediência)”⁸⁷³.

⁸⁷⁰ No mesmo sentido, cf. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1376.

⁸⁷¹ STF – Pleno. AgRg na Rcl. Nº. 1.880/SP. Relator: Min. Maurício Côrrea. Julgado em 7.11.02, publicada no DJ de 19.3.04.

⁸⁷² CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1376.

⁸⁷³ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 563.

Esse novo entendimento sem dúvida expandiu o espectro de atuação da reclamação. Agora, sempre que houver pronunciamento do Supremo dotado de eficácia vinculante, a parte poderá a ela recorrer para obter pronta resposta da mais alta corte do país. Não será necessário, portanto, percorrer a longa e tortuosa estrada que se inicia no 1º grau de jurisdição. Desde logo, será possível aceder diretamente ao STF, atalhando o penoso caminho da jurisdição ordinária.

II.5.5.5.2.3 O panorama atual da reclamação

Uma vez consolidado o entendimento jurisprudencial acerca do amplo cabimento da reclamação, a Reforma do Judiciário cuidou de positivá-la no texto constitucional. Todavia, como ressaltado algures, a Emenda Constitucional nº. 45/2004 estabeleceu efeito *erga omnes* e eficácia vinculante somente para a Adin e a ADC, silenciando quanto à ADPF. Para esta, a extensão de poder deu-se por meio de lei⁸⁷⁴.

Para parcela autorizada da doutrina, tal circunstância não implica maior consequência prática. Segundo essa corrente, “não há dúvida de que a decisão de mérito proferida em ADPF será dotada de efeito vinculante”, pois o “*efeito vinculante configura apanágio da jurisdição constitucional e não depende, por isso, de regra expressa na Constituição*”. Por essa razão, portanto, caberia “reclamação para assegurar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal” em ADPF, independentemente da ausência de previsão constitucional expressa⁸⁷⁵.

Nessa diapasão, deve-se destacar que não somente as decisões finais de mérito autorizam o manejo da reclamação, mas também as medidas de urgência deferidas pelo STF em sede de procedimentos cautelares instaurados no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade⁸⁷⁶. Isso porque “os provimentos de natureza cautelar acham-se instrumentalmente destinados a conferir a efetividade ao julgamento final resultante do processo principal”. Logo, assegurada “*ex ante* plena eficácia à tutela jurisdicional do Estado”, inclusive aquelas “fundadas no poder cautelar geral”, caberá

⁸⁷⁴ Cf. art. 9º, §3º, Lei nº. 9.882/99.

⁸⁷⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1377. Grifos do original. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

⁸⁷⁶ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 568.

reclamação contra ato atentatório à sua autoridade⁸⁷⁷. A reclamação assume, pois, inequívoco caráter *dissuasório*⁸⁷⁸.

Por fim, deve-se destacar que o intervalo de atuação da reclamação é limitado no tempo. É dizer: a reclamação não pode ser apresentada a qualquer altura. Ao contrário, ela encontra um limite jurídico-temporal mui bem delineado: o *trânsito em julgado* do processo⁸⁷⁹. Passada em julgado a decisão, não caberá mais o ajuizamento de reclamação, seja fundada em usurpação de competência do STF, seja com arrimo em descumprimento de decisão em efeitos vinculantes e *erga omnes*. Isso porque, de acordo com o próprio Supremo, a reclamação não pode tornar-se sucedâneo de ação rescisória⁸⁸⁰.

Obviamente, tal impedimento não se convola em óbice quando o que se pretende tiver como fundamento uma decisão transitada em julgado no mesmo processo no qual ela foi prolatada. Assim é que, se o Supremo der provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão de tribunal local, caberá reclamação quando, por exemplo, o juiz de primeiro grau der ao julgado execução diversa da que foi firmada pelo STF⁸⁸¹.

A reclamação constitucional, pois, visa a “*cassar* a decisão judicial ou *anular* o ato administrativo impugnado”, visto que é “vedado à Corte efetuar revisão da decisão judicial ou do ato administrativo impugnado”. Trata-se, portanto, de “exceção à sistemática brasileira, que adota o modelo de substituição de jurisdição nos casos de recursos e apelações”⁸⁸².

Em resumo, pode-se concluir que a reclamação tende a assumir papel cada vez mais relevante no âmbito do controle de constitucionalidade, como “*ação constitucional voltada à proteção da totalidade da ordem constitucional*”. A reclamação insere-se, pois, dentro da tendência de agregar eficácia vinculante a todos os mecanismos de controle abstrato de normas. Trata-se, na verdade, de um processo de “*verticalização da jurisprudência constitucional*”, tendo como cume o Supremo Tribunal Federal. Daí a ampliação de sua legitimidade ativa, permitindo a qualquer cidadão prejudicado o seu

⁸⁷⁷ STF – Pleno. Rcl nº. 2.570. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgada em 9.11.06, publicada no DJ de 13.11.06.

⁸⁷⁸ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 578.

⁸⁷⁹ Nesse sentido, cf. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **O procedimento na reclamação**, cit., p. 329.

⁸⁸⁰ STF – II Turma. AgRg na Rcl nº. 16.313/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 18.11.14, publicada no DJ de 18.12.14.

⁸⁸¹ DIDIER JÚNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 335.

⁸⁸² CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1375. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento dos referidos doutrinadores.

ajuizamento, assim como a previsão normativo-constitucional de seu manejo em caso de desrespeito às súmulas vinculantes⁸⁸³.

II.5.5.6 Legitimidade

II.5.5.6.1 Legitimidade ativa em caso de usurpação de competência

Conforme visto anteriormente, a Constituição de 1988 superou os impasses dogmático-legislativos quanto à existência mesma da reclamação. Agora, seu cabimento tinha assento constitucional, restando somente discutir em quais hipóteses seria possível veiculá-la. Mas quem poderia propô-la? A rigor, saber quem pode propor reclamação constitucional é das primeiras premissas para poder-se entender o âmbito de aplicação do instituto.

Que qualquer pessoa poderia propô-la nos casos de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, ninguém jamais discutiu. É evidente que, se algum juízo mantém em sua alçada feito que deveria tramitar na Suprema Corte, qualquer das partes poderá invocar a proteção das atribuições judicantes do STF, conforme lhe foi estabelecido pelo legislador constituinte de 1988⁸⁸⁴. Trata-se, no fundo, de salvaguardar o princípio do juiz natural⁸⁸⁵, postulado basilar de qualquer sociedade democrática. É através da reclamação, por exemplo, que um senador da República, investigado por crime cometido no exercício do cargo por um juiz de 1º grau, pode ajuizar reclamação ao Supremo Tribunal Federal, vez que a Constituição de 1988 atribui-lhe foro especial por prerrogativa de função⁸⁸⁶. A proteção à jurisdição da Suprema Corte é de tal ordem que não seria esdrúxulo admitir que mesmo o Ministério Público, na sua condição de fiscal da lei, pudesse ingressar com reclamação no STF para resguardar sua competência, ainda que o faça à revelia das partes no processo⁸⁸⁷.

Tal conclusão, contudo, não afasta certa restrição de legitimidade da reclamação. Considerando-se que o rol de pessoas com foro por prerrogativa de função é restrito, assim como restritas são as ações a serem julgadas originariamente pelo Supremo,

⁸⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1378. Grifos do original. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento dos referidos doutrinadores.

⁸⁸⁴ AURELLI, Arlete Inês. Op. Cit., p. 30.

⁸⁸⁵ Cf. art. 5º, inc. XXXVII, da Constituição Federal de 1988.

⁸⁸⁶ Cf. art. 102, inc. I, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, cf. AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 491-493.

⁸⁸⁷ DONIZETTI, Elpidio. **Ações constitucionais**, cit., p. 275.

o manejo da reclamação para preservação da competência do STF não estaria ao alcance da qualquer pessoa⁸⁸⁸. Resta saber, contudo, quem poderia apresentar reclamação no caso da segunda hipótese prevista constitucionalmente para seu cabimento: *garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal*.

II.5.5.6.2 Legitimidade ativa em caso de garantia da autoridade da decisão

À falta de disciplina específica no âmbito constitucional, coube à legislação ordinária dar vida e forma à reclamação. Nesse sentido, promulgou-se a Lei nº. 8.038/90, a disciplinar parcela significativa dos processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Em que pese a organização em capítulo específico, a regulamentação da reclamação deixou muito a desejar.

Segundo a nova disciplina normativa, a reclamação caberá “à parte interessada” ou ao “Ministério Público”⁸⁸⁹. Todavia, furtou-se a norma legal a descrever o que se deveria entender por “parte interessada”, em especial nos casos de garantia da autoridade das decisões do Supremo.

De início, o STF adotou posição mais restritiva quanto à legitimidade para propor reclamação nos casos de descumprimento de suas decisões. De acordo com o Supremo, somente os legitimados a deflagrar o controle abstrato de normas poderiam ajuizá-la. Tratava-se, segundo esse entendimento, tão-somente de garantir aplicabilidade prática às decisões tomadas no âmbito de Adins, ADCs e ADPFs, que, de resto, ficariam sem possibilidade de “execução” caso o Poder Público ou algum agente privado viesse a infringir a decisão tomada pelo STF. Para o Supremo, portanto, a “expressão ‘parte interessada’, constante da Lei n. 8.038/90, embora assuma conteúdo amplo no âmbito do processo subjetivo, abrangendo, inclusive, os terceiros juridicamente interessados”, estaria limitada, no âmbito do “processo objetivo de fiscalização normativa abstrata”, somente aos “órgãos ativa ou passivamente legitimados a sua instauração”⁸⁹⁰. Desse modo, faria a reclamação as vezes de instrumento de imposição coercitiva do entendimento *erga omnes* adotado pelo Supremo, como manifestação concreta do efeito vinculante das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas⁸⁹¹.

⁸⁸⁸ Cf. art. 102 e 103 da Constituição Federal de 1988.

⁸⁸⁹ Cf. art. 13 da Lei nº. 8.038/90. Nesse sentido, cf. GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 561.

⁸⁹⁰ STF – Pleno. QO na Rcl nº. 397/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 21.5.92, publicada no DJ de 21.5.93.

⁸⁹¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Op. Cit., p. 389.

Após o advento das Leis nº. 9.868/99 e nº. 9.882/99, a regular o processamento da Adin, da ADC e da ADPF, o STF passou a dar nova interpretação ao conceito de “parte interessada” previsto na Lei nº. 8.038/90⁸⁹². Agora, não somente os legitimados a deflagrar o processo de controle abstrato de normas poderiam propor reclamação, mas, também, “todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal”⁸⁹³.

De acordo com esse posicionamento, abria-se uma nova via processual para efetivação das decisões proferidas pelo STF. Agora, o cidadão comum estaria eximido da tortuosa *via crucis* da jurisdição ordinária para fazer valer uma decisão do Supremo. A reclamação permitiria ao particular impor ao Poder Público, numa modalidade verdadeiramente anômala de “execução” do julgado, o conteúdo de acórdão vinculante do Supremo, ainda que não tivesse sido originalmente parte no processo em que ele foi adotado.

Para os defensores dessa viragem jurisprudencial, nada mais lógico do que admitir a ampliação de legitimidade para propositura da reclamação constitucional⁸⁹⁴. Dado que o controle objetivo de normas desconhece partes no seu estrito sentido processual, não haveria sequer possibilidade jurídica de que alguém concretamente prejudicado pelo descumprimento de decisões nele proferidas pudesse insurgir-se contra tal. No limite, ficaria a decisão vinculante carente de alguém que pudesse provocar o Supremo Tribunal Federal o cumprimento forçado de seu comando. Considerando que o STF não poderia impor sua decisão *ex officio*, violando o princípio da inércia judicial, conclui essa corrente doutrinária que a reclamação deve desempenhar o papel de “execução” das decisões *erga omnes* com eficácia vinculante do Supremo⁸⁹⁵. Do contrário, a sua autoridade restaria irremediavelmente mutilada.

II.5.5.6.3 Legitimidade passiva

⁸⁹² DONIZETTI, Elpídio. Op. Cit., p. 275.

⁸⁹³ STF – Pleno. QO no AgRg na Rcl nº. 1.880/SP. Relator: Ministro Maurício Côrrea. Julgado em 7.11.02, publicada no DJ de 19.3.04.

⁸⁹⁴ Nesse sentido, cf. ALVIM, Eduardo Arruda. Reclamação e ação direta de inconstitucionalidade. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA; Eduardo José da Fonseca. **Reclamação constitucional**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 154.

⁸⁹⁵ HOMMERDING, Adalberto Narciso. Op. Cit., p. 52-53.

A despeito da controvérsia quanto à legitimidade ativa para propositura da reclamação, nunca houve qualquer discussão acerca de quem deveria ocupar o lugar de réu nessa espécie de ação constitucional. Figurará na condição de *reclamado* a autoridade ou órgão que tenha usurpado a competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, ou que tenha descumprido decisão vinculante e com caráter *erga omnes* por ele proferida⁸⁹⁶.

Ainda no que toca à legitimidade, deve-se registrar a possibilidade de litisconsórcio, isto é, a cumulação de pessoas ou órgãos em um dos pólos da ação, seja no pólo ativo seja no pólo passivo, assim como a inequívoca possibilidade de intervenção de terceiros na lide⁸⁹⁷. Tal possibilidade, inserida *a posteriori* na lei, decorre do indisfarçável interesse do Poder Público de opor-se à revogação de determinados atos praticados por autoridades sob seu jugo, utilizando – por que não dizer? – sua força política para impedir que particulares obtenham vitórias significativas no Poder Judiciário.

II.5.5.7 Processamento

Do ponto de vista processual, a reclamação apresenta estrutura bastante singela, refletindo, de certa maneira, a estrutura procedimental do mandado de segurança⁸⁹⁸. Desde logo, impõe-se ao reclamante o ajuizamento da reclamação instruída da prova documental apta a demonstrar de plano a usurpação da competência da Suprema Corte ou, ainda, o descumprimento de decisão dotada de caráter *erga omnes* e eficácia vinculante⁸⁹⁹. Em outras palavras, isso significa dizer que a prova da reclamação, à semelhança do mandado de segurança, deve ser pré-constituída. Toda a prova deve acompanhar a inicial – ou as informações, no caso da autoridade reclamada – em forma documental. Não se admite, pois, instrução probatória durante o feito⁹⁰⁰.

Admitida a reclamação, ao ministro relator caberá determinar à autoridade imputada como reclamada que preste as informações pertinentes no prazo improrrogável de 10 (dez) dias (exatamente o mesmo prazo previsto para as informações em sede de mandado de segurança). É o que parte da doutrina define como fase

⁸⁹⁶ DONIZETTI, Elpidio. Op. Cit., p. 276.

⁸⁹⁷ Cf. art. 15 da Lei nº. 8.038/90.

⁸⁹⁸ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p.508.

⁸⁹⁹ Cf. parágrafo único do art. 13 da Lei nº. 8.038/90.

⁹⁰⁰ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **O procedimento da reclamação**, cit., p. 331.

ordinatória da reclamação constitucional⁹⁰¹. Caso entenda cabível e haja solicitação expressa da parte, poderá ainda o relator ordenar a suspensão do processo ou a cassação dos efeitos do ato impugnado⁹⁰².

Prestadas as informações, abre-se a oportunidade para intervenção de terceiros⁹⁰³. Essa possibilidade, desenhada sob medida para intervenções extrajurídicas do Poder Executivo, deve ser encarada com cautela. Quando o dispositivo legal prescreve que “qualquer interessado” poderá impugnar o pedido do reclamante, não se está aí a entender que “qualquer pessoa” poderá fazê-lo. A rigor, a expressão “qualquer interessado” remete à necessidade inafastável de que o terceiro interveniente demonstre *interesse jurídico* na resolução da demanda⁹⁰⁴. Não basta, portanto, comprovar interesse moral ou econômico na manutenção do ato. É imprescindível que se comprove a correlação entre a decisão a ser proferida na reclamação e a esfera jurídica do terceiro. Do contrário, o relator deverá rejeitar a intervenção, a fim de evitar balbúrdia processual.

Novamente à semelhança do *writ of mandamus*, vencida a fase postulatória, o relator deverá intimar o Ministério Público para elaborar parecer acerca do mérito do pedido⁹⁰⁵. Por óbvio, essa notificação somente terá lugar nas causas em que o *Parquet* atue na condição de fiscal da lei. Nas reclamações ajuizadas pelo próprio Ministério Público, tal providência é dispensável⁹⁰⁶.

Ultrapassada a fase ordinatória do processo, restará, finalmente, o julgamento da reclamação. Rejeitando-a, o Tribunal determinará o arquivamento do processo. Acolhendo-a, determinará o STF: i) a avocação da causa para a Corte, nos casos de usurpação de sua competência; ou ii) a cassação do ato impugnado, nos casos de descumprimento da decisão vinculante.

II.5.5.8 Cabimento de liminar

Como se sabe, vigora no ordenamento jurídico brasileiro o chamado *poder geral de cautela* em favor dos órgãos judiciais⁹⁰⁷. Decorrencia lógica do princípio da

⁹⁰¹ Nesse sentido, cf. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **O procedimento da reclamação**, cit., p. 330.

⁹⁰² Cf. art. 14, incisos I e II, da Lei nº. 8.038/90.

⁹⁰³ Cf. art. 15 da Lei nº. 8.038/90. Para o conceito de intervenção de terceiros, cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49 e ss.

⁹⁰⁴ ROCHA, José de Albuquerque. Op. Cit., p. 253.

⁹⁰⁵ Cf. art. 16 da Lei nº. 8.038/90.

⁹⁰⁶ Nesse sentido, cf. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **O procedimento da reclamação**, cit., p. 331.

⁹⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 359-360.

inafastabilidade da jurisdição (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”)⁹⁰⁸, é através do poder geral de cautela que os juízes de todo o país concedem as assim denominadas *medidas liminares*, sejam elas de natureza satisfativa (como ocorre nas antecipações de tutela), sejam elas de natureza exclusivamente cautelar (como ocorre, por exemplo, na cautelares exhibitórias ou de produção antecipada de provas)⁹⁰⁹.

A função básica de qualquer medida liminar é, por óbvio, mitigar os deletérios efeitos do tempo sobre a providência jurisdicional postulada. Visto ser impossível assegurar à parte, dentro de qualquer processo marcado pela garantia do contraditório, a concessão de tutela judicial instantânea, parece lógico que o sistema jurídico assegure ao julgador meios através dos quais seja possível impedir que a indispensável oitiva da parte contrária e a eventual necessidade de instrução probatória terminem por ceifar ao autor a utilidade do provimento jurisdicional postulado⁹¹⁰. Daí porque o primeiro e principal requisito para concessão de qualquer liminar é a premência do tempo, ou, como costumam afirmar os processualistas, o denominado *periculum in mora*⁹¹¹.

Todavia, o tão-só risco de abalo ou ineficácia do provimento jurisdicional decorrente da demora na prestação estatal não se apresenta como suficiente para o exercício do poder geral de cautelar do juiz. Ao lado dele, deve também demonstrar-se de plano outro pressuposto, tão relevante quanto o primeiro: a plausibilidade do direito invocado, ou, na linguagem forense mais vulgar, o chamado *fumus boni iuris*⁹¹².

De fato, não basta ao reclamante provar que o desenrolar natural do processo inviabilizará o exercício de seu direito caso seu pedido seja, ao final, julgado procedente. É necessário também demonstrar, *initio litis*, que sua demanda possui viabilidade do ponto de vista jurídico, isto é, que há pelo menos alta probabilidade de que sua postulação será acolhida no mérito. Ainda que essa postulação esteja sujeita a posterior contraditório, impõe-se que seu embasamento jurídico seja forte o suficiente para amparar a imediata concessão do direito requerido. Do contrário, de medida liminar não se poderá cogitar⁹¹³.

⁹⁰⁸ Cf. art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988. Grifo nosso. Sobre o tema, cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 433-434.

⁹⁰⁹ ROCHA, José de Albuquerque. Op. Cit., p. 214.

⁹¹⁰ Nesse sentido, cf. ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Op. Cit., p. 212.

⁹¹¹ ROCHA, José de Albuquerque. Op. Cit., p. 214.

⁹¹² ROCHA, José de Albuquerque. Op. Cit., p. 214.

⁹¹³ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Op. Cit., p. 214.

Nesse diapasão, é importante destacar uma aparente omissão do legislador quanto aos requisitos para concessão de liminares em reclamação. Tanto no regramento anterior⁹¹⁴ quanto na atual legislação processual civil⁹¹⁵, previu-se a possibilidade de que o relator da reclamação concedesse medida liminar “para evitar dano irreparável”. Em momento algum fala-se na necessidade de que a parte demonstre também a plausibilidade do direito invocado. Essa falha, contudo, não parece suficiente para exonerar a parte da comprovação de que sua tese jurídica tem alta probabilidade de ser acolhida. Se assim não fosse, seria forçoso admitir que qualquer parte, ao propor uma reclamação, “teria, automaticamente, direito subjetivo à suspensão do ato ou do processo impugnado pela só sujeição a um dano irreparável independente do acerto da decisão reclamada”⁹¹⁶. O disparate dessa conclusão afasta por completo a possibilidade de seu acolhimento.

II.5.5.9 Efeitos da decisão

Tratando-se de ação constitucional desprovida de caráter abstrato, não restam dúvidas de que os efeitos da decisão tomada em sede de reclamação operam apenas *inter partes*. Por mais de uma vez, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a possibilidade de emprego da reclamação para processos em que o reclamante não tenha sido parte⁹¹⁷. Tampouco se admite o emprego da reclamação para discutir-se eventual descumprimento de decisão prolatada em sede de outra reclamação, a envolver parte distintas⁹¹⁸. Logo, não se pode admitir a extensão de seus efeitos a terceiros estranhos à relação processual. Isso, contudo, não exonera, por exemplo, os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública a seguirem o comando nele firmado, uma vez que a decisão proferida constitui jurisprudência da mais alta corte do país.

Deve-se destacar, todavia, que o Supremo Tribunal Federal não dispõe de competência para reformar a sentença ou o ato administrativo impugnado. A reclamação permite apenas que o STF determine a *cassação da decisão judicial* ou, então, a *anulação*

⁹¹⁴ Cf. art. 14, inc. II, da Lei nº. 8.038/90.

⁹¹⁵ Cf. art. 989, inc. II, do Novo Código de Processo Civil.

⁹¹⁶ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Op. Cit., p. 212.

⁹¹⁷ Cf., por todos, STF – Pleno. AgRg na Rcl nº. 5.130/CE. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 11.10.07, publicada no DJ de 9.11.07.

⁹¹⁸ STF – I Turma. AgRg na Rcl nº. 5.389/PA. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 20.11.07, publicado no DJ de 30.11.07.

*do ato administrativo*⁹¹⁹. Na verdade, seria de todo estranho admitir que um meio autônomo de impugnação transmudasse-se numa variante de recurso, para permitir à Suprema Corte substituir-se a outros órgãos judiciais, ainda que inferiores. A atuação do Supremo por meio da reclamação é extremamente vinculada, no sentido de resguardar sua competência e garantir a autoridade de suas decisões⁹²⁰. Não serve o instituto – ou não deveria servir – como sucedâneo de recurso extraordinário, com o propósito de abreviar o tortuoso caminho das jurisdições ordinárias⁹²¹.

Sem embargo dessa vedação, o Supremo poderá determinar ao órgão judicial ou ao órgão administrativo que proferiram a decisão ou ato impugnado que se produza outro em seu lugar, respeitando os limites circunscritos pela decisão com eficácia vinculante ou pelo verbete sumular⁹²². Trata-se, portanto, de exceção à regra do nosso sistema processual civil, segundo a qual as instâncias superiores atuam em modelo de substituição das decisões prolatadas pelas instâncias inferiores⁹²³.

Diversa, contudo, é a hipótese de reclamação ajuizada com fundamento em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, o STF poderá determinar a suspensão do processo até ulterior deliberação e, caso seja julgado procedente o pedido, ordenar a avocação dos autos do juízo original para si⁹²⁴.

Uma vez resolvida em definitivo, a reclamação é remetida ao juízo de origem – de primeiro ou de segundo grau – a fim de que sejam adotadas imediatamente as providências nela determinadas⁹²⁵, independentemente da publicação do acórdão, providência que poderá ter lugar *a posteriori*⁹²⁶.

II.5.5.10 Recursos cabíveis

Julgada a reclamação, resta saber que tipo de recursos a parte pode valer-se para tentar reverter a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹¹⁹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **O procedimento da reclamação**, cit., p. 331.

⁹²⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 304-307.

⁹²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1375.

⁹²² LIMONGE, Aroldo. As novas tendências da reclamação constitucional. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA; Eduardo José da Fonseca. **Reclamação constitucional**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 83 e ss.

⁹²³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1375.

⁹²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1375.

⁹²⁵ DONIZETTI, Elpidio. **Ações constitucionais**, cit., p. 284.

⁹²⁶ Cf. art. 18 da Lei nº. 8.038/90.

À primeira vista, seria possível concluir não caber recurso algum contra a decisão proferida em sede de reclamação. Visto que vigora no sistema processual brasileiro o *princípio da taxatividade recursal*, segundo o qual é vedado às partes criar recursos⁹²⁷, à falta de previsão específica na lei de regência não existiria meio processual para impugnar-se a decisão prolatada na reclamação.

Todavia, tal entendimento encerra grave restrição a uma das garantias básicas de nosso sistema constitucional: o direito à ampla defesa e aos recursos a ela inerentes⁹²⁸. De fato, seria inadmissível – e, de resto, incompatível com o texto constitucional – entender que a decisão proferida em reclamação seria irrecurável, não cabendo ao reclamante qualquer meio para impugná-la.

Mas quais recursos se prestariam a tal desiderato?

De início, pode-se citar o agravo regimental, instrumento recursal cujo pressuposto reside na singularidade da decisão recorrida, isto é, na adoção monocrática pelo relator de um entendimento que, em princípio, competiria ao colegiado do Tribunal. Logo, sempre que um ministro rejeite ou defira liminarmente a reclamação, a parte prejudicada poderá valer-se do agravo regimental para forçar o pronunciamento da integralidade do colegiado sobre a questão. Sobre o tema, o STF já se manifestou em diversos julgados⁹²⁹.

Em relação ao pronunciamento definitivo do Tribunal, por meio de sua composição plenária, também parece tranquila a posição que admite a interposição dos chamados embargos de declaração ao acórdão prolatado pelo Supremo⁹³⁰. De acordo com o melhor entendimento doutrinário, todo e qualquer pronunciamento judicial (decisão interlocutória, sentença ou acórdão), seja de que conteúdo for (terminativo ou definitivo), desafiará o manejo dos declaratórios⁹³¹. Com efeito, trata-se de garantir a conformidade mesma da decisão. Considerando que o sistema judicial brasileiro assenta-se em um fundamento de legitimidade que se manifesta *a posteriori*, através da fundamentação da decisão, não seria lícito entender que um pronunciamento obscuro ou lacunoso estivesse isento de perscrutação recursal⁹³².

⁹²⁷ ROCHA, José de Albuquerque. Op. Cit., p. 295.

⁹²⁸ Cf. art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal de 1988.

⁹²⁹ Cf., por todos, STF – Pleno. AgRg na Rcl nº. 1.192/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 10.3.08, publicado no DJ de 4.4.08.

⁹³⁰ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 205.

⁹³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, v. 2, p. 117.

⁹³² GÖES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 564.

Assinale-se, por fim, serem descabidos os chamados “recursos internos” contra a decisão veiculada na reclamação. Assim, são incabíveis os embargos infringentes, pois não milita em seu favor sequer previsão regimental quanto ao seu cabimento. Nesse sentido, desde há muito o Supremo editou súmula prevendo não caber interposição de embargos infringentes no âmbito da reclamação⁹³³.

É possível, no entanto, cogitar-se de embargos de divergência. Apesar da contrariedade da doutrina⁹³⁴, havendo confronto entre o entendimento manifestado pelas duas turmas do Supremo Tribunal Federal, ou entre o plenário e uma de suas turmas, parece razoável admitir a interposição de recurso que ponha fim à divergência.

II.5.5.11 Cabimento da reclamação nas súmulas vinculantes

Na linha de abstratização do controle concreto de constitucionalidade, a reclamação desempenha o papel de “coringa”. Em um processo que revela muito sobre o *modus operandi* do sistema legislativo brasileiro, ao invés de procurar meios para diminuir a quantidade de recursos que chegam ano a ano ao STF, o legislador buscou formas de incrementar o uso da reclamação, permitindo seu emprego em hipóteses outras que não somente as decisões proferidas em controle abstrato de normas. Com isso, ao invés de construir alternativas para estruturar um sistema processual coeso, produziu-se um simulacro legiferante, no qual todo o sistema estruturava-se ao redor de um único elemento: a *reclamação*. Foi nessa quadra que a EC nº. 45/2004 estabeleceu que, “do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal”. Este, por sua vez, “julgando-a procedente”, mandará anular “o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”⁹³⁵.

O propósito desse dispositivo é evidente. Havendo súmula vinculante sobre determinada matéria, a parte poderá propor reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, atalhando o torturante caminho das vias ordinárias para obter, de pronto, um pronunciamento da Suprema Corte sobre seu caso específico. É por isso que alguns autores costumam recordar que a vinculação já existia de certo modo mesmo antes da EC

⁹³³ Cf. súmula 368 do STF.

⁹³⁴ Contra essa possibilidade, cf. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação constitucional**, cit., p. 488.

⁹³⁵ Cf. art. 103-A, §3º, da Constituição Federal de 1988.

nº. 45/2004, pois desde a Lei nº. 8.038/90 as súmulas dos tribunais funcionavam como impeditivo de recurso, autorizando o relator a julgar as causas monocraticamente. A grande nota distintiva entre a sistemática anterior e a atual é o cabimento da reclamação para o caso de descumprimento de súmula vinculante⁹³⁶.

O grande problema dessa alternativa reside na virtual transformação do Supremo em verdadeira instância única de decisão do Poder Judiciário brasileiro. Como a própria lei de regência dispõe, faculta-se à parte prejudicada o direito de impugnar o ato atacado pela via reclamationária ou ingressar com uma ação ordinária no juízo competente⁹³⁷. Mas, se há meios para levar-se uma lide desde logo ao STF, por que alguém se disporia a perder tempo iniciando o processo em primeiro grau de jurisdição?

II.5.5.11.1 Necessidade de prévio esgotamento da via administrativa: inconstitucionalidade?

Talvez pensando exatamente nessa possibilidade, o legislador previu uma salvaguarda para o acesso irrestrito à Suprema Corte brasileira: o *prévio esgotamento da via administrativa* como condição para propositura da reclamação⁹³⁸. Tal se dá, por óbvio, somente nos casos em que o ato ou omissão impugnados forem praticados pela Administração Pública. Nos casos de processo judicial, dispensa-se semelhante requisito.

A restrição de acesso à via reclamationária, contudo, não se dá inteiramente à margem de discussão. Como se sabe, vigora no Brasil o sistema inglês de unicidade da jurisdição, através do qual a prerrogativa de estabelecer o direito do caso concreto constitui monopólio do Poder Judiciário⁹³⁹. Ao contrário do sistema francês⁹⁴⁰, o *judicial review*

⁹³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1432.

⁹³⁷ Cf. art. 7º, caput, da Lei nº. 11.417/2006. Nesse sentido, cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. Cit., p. 805.

⁹³⁸ Cf. Art. 7º, §1º, da Lei nº. 11.417/2006. No mesmo sentido, cf. FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 510.

⁹³⁹ Há quem prefira a designação “universalidade da jurisdição”. Nesse sentido, cf. AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 219.

⁹⁴⁰ Na verdade, o sistema francês encerra um modelo de controle de constitucionalidade absolutamente “atípico”, eis que o Conselho Constitucional gaulês pratica um controle estritamente apriorístico da compatibilidade das leis aprovadas pelo Parlamento com a Constituição, assim como desconhece qualquer modo de acesso do cidadão comum às suas decisões. Esse “exclusivismo da fiscalização preventiva deixa a iniciativa do controlo de leis violadoras de liberdades públicas nas mãos de titulares de órgãos do Estado” (MORAIS, Carlos Blanco de. **Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais**, cit., p. 89). Não por acaso, os membros natos e indicados do Conselho são maioritariamente políticos: todos os ex-presidentes da França mais nove pessoas; três indicadas pelo Presidente da República, três pelo Presidente do Senado e três pelo Presidente da Câmara dos Deputados (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. Cit., p. 138). Embora se situe à margem do Poder Judiciário, há várias e fundadas dúvidas sobre se o *Conseil Constitutionnel* é ou não um órgão político e mesmo se suas funções podem ser

renega a entidades meramente administrativas o poder para determinar a resolução de um conflito de interesses⁹⁴¹. Somente através de um processo judiciário, decidido por um magistrado, é que se manifesta o exercício da jurisdição. Por isso mesmo, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁹⁴².

Nesse cenário, não causa espécie a conclusão de que somente nas hipóteses estabelecidas taxativamente na Constituição pode-se exigir da parte o prévio esgotamento da via administrativa antes do acionamento da via judicial. No caso brasileiro, a hipótese é uma só: as ações relativas à disciplina e às competições desportivas⁹⁴³. Fora disso, vigora o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a amparar ampla acessibilidade dos cidadãos ao Poder Judiciário.

Diante desse quadro, é de se perguntar: não encerraria o prévio esgotamento da instância administrativa para recurso à reclamação uma imposição inconstitucional? Estaria ao alcance do legislador ordinário produzir outras restrições ao direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário à margem da única hipótese prevista em nível constitucional?

Em favor da possibilidade de mitigação da garantia da inafastabilidade da jurisdição por norma infraconstitucional, diga-se que essa não é a primeira exceção que se produz à regra. Há pelo menos duas hipóteses nas quais o esgotamento prévio da instância administrativa conta com amplo apoio doutrinário e jurisprudencial.

Já há algum tempo, aceita-se de forma pacífica a exigência de prévio indeferimento de requerimento administrativo para manejo da garantia do *habeas data*⁹⁴⁴. Embora temperada com a possibilidade de emprego do remédio constitucional quando presente demora excessiva na resposta ao pedido feito administrativamente, o fato é que o recurso à demanda judicial só se torna viável uma vez provocada a Administração⁹⁴⁵.

definidas como jurisdicionais. Fora isso, mesmo as questões levadas a conhecimento do Conselho Constitucional pelo Poder Judiciário não são facultadas a todo e qualquer juiz. Apenas os tribunais de cúpula judiciária – a *Cour de cassation* – e de cúpula administrativa – o *Conseil D'État* – podem suscitar a *exception d'inconstitutionnalité* através da *question prioritaire de constitutionnalité* (URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 76-77). E, *last but not least*, a própria submissão do legislador ao princípio da supremacia constitucional só veio a ser autoafirmada um quarto de século após a promulgação da Constituição da Vª República, através da *décision* n°. 82-132, de 16 de janeiro de 1982 (OLIVA, Éric; GIUMMARRA, Sandrine. **Droit constitutionnel**. 8ª ed. Paris: Sirey, 2014, p. 35).

⁹⁴¹ FARNSWORTH, E. Allan. Op. Cit., p. 7.

⁹⁴² Cf. art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988.

⁹⁴³ Cf. art. 217, §1º, da Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, cf. AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 220.

⁹⁴⁴ Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 460.

⁹⁴⁵ Cf. art. 8º, parágrafo único, da Lei nº. 9.507/97.

Trata-se de posição absolutamente majoritária na doutrina, sem questionamentos relevantes⁹⁴⁶.

No mesmo sentido, desde há muito os tribunais aceitam de maneira pacífica a necessidade de exaurimento da via administrativa para ajuizar-se *writ of mandamus*. Derivada da sexagenária lei do mandado de segurança⁹⁴⁷, a regra dispõe não ser possível a propositura da ação de ato do qual caiba recurso administrativo dotado de efeito suspensivo⁹⁴⁸. Tal regra, criticada desde sempre, chegou a ter por breve período amparo constitucional.

No Pacote de Abril de 77, inseriu-se no texto constitucional então vigente uma ressalva expressa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, determinando-se que “o ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”⁹⁴⁹. Todavia, uma vez promulgada a Constituição de 1988, a ressalva desapareceu, volvendo o princípio da inafastabilidade da jurisdição a ter caráter absoluto. Mesmo assim, isso não impediu que o legislador ordinário, ao elaborar a nova lei do mandado de segurança, impusesse ao jurisdicionado a mesma regra, de igual teor⁹⁵⁰.

Na seara jurisprudencial, é fato, essa discussão jamais teve espaço. Os tribunais de todo o país e mesmo o Supremo Tribunal Federal jamais ousaram questionar a constitucionalidade desse dispositivo. A necessidade de prévio exaurimento da via administrativa para manejo de mandado de segurança é requisito decantado e exaltado acórdão após acórdão, sem suscitar maiores questionamentos⁹⁵¹.

Em que pese a aparente paz doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto, é no mínimo discutível compreender que seja possível obstaculizar o acesso ao Poder Judiciário através da criação de exceções por via infraconstitucional. Ora, se o princípio da inafastabilidade da jurisdição constitui-se em direito fundamental do cidadão,

⁹⁴⁶ Nesse sentido, cf. WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O *habeas data* na Lei nº. 9.507/97. **Revista de Informação Legislativa**, Revista de Informação Legislativa, v. 35, nº. 137, p. 303-312, jan./mar. 1998, p. 304.

⁹⁴⁷ Cf. art. 5º, inc. I, da Lei nº. 1.533/51.

⁹⁴⁸ LEÃO, Thales Prestêlo Valadares. **Da impetração do mandado de segurança contra ato judicial: Temperamentos à luz da jurisprudência dos tribunais superiores**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/28924/da-impetracao-de-mandado-de-seguranca-contra-ato-judicial>. Acesso em 9 set. 2016.

⁹⁴⁹ Cf. art. 153, §4º, da Constituição de 1967/69, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 7/77.

⁹⁵⁰ Cf. art. 5º, inc. I, da Lei nº. 12.016/09.

⁹⁵¹ Cf., por exemplo, o MS nº. 24.511/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 30.10.03, publicado no DJ de 2.4.04; e o MS nº. 28.074/DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 22.5.12, publicado no DJ de 14.6.12.

cláusula pétrea da Constituição, o *contra-princípio* – isto é, a possibilidade de excepcioná-lo – também deve ter base constitucional. Do contrário, seria forçoso concluir que a ressalva prevista no art. 217, §1º, da Constituição de 1988 revelaria providência supérflua do constituinte originário.

II.5.6 Mandado de injunção⁹⁵²

II.5.6.1 Introdução

Como se viu anteriormente, a Constituição de 1988 foi especialmente pródiga com o tema das omissões legislativas inconstitucionais. Além da Adin por omissão, previu-se outro instrumento destinado a sindicat as omissões legislativas: o *mandado de injunção*⁹⁵³. Não por acaso. Afinal, na data de sua promulgação, o constituinte deixara a cargo do legislador ordinário a tarefa de elaborar “o impressionante número de duzentos e quarenta e duas normas” regulamentares⁹⁵⁴. O grande traço distintivo entre os dois mecanismos dizia respeito, à primeira vista, ao seu âmbito de aplicação. Enquanto a Adin por omissão seria destinada a fiscalizar as omissões legislativas no campo abstrato, ao mandado de injunção corresponderia igual missão no campo concreto⁹⁵⁵.

De acordo com o texto constitucional, o mandado de injunção será cabível “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”⁹⁵⁶. Estruturado como garantia individual do cidadão, esse remédio constitucional seria destinado a combater a inércia do legislador sempre que sua inação embaraçasse o exercício regular de direitos e liberdades individuais. Sob essa perspectiva, o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece à parte o direito de recorrer à inconstitucionalidade por omissão senão por via principal, mas jamais como via de exceção ou de defesa⁹⁵⁷. Com efeito, uma vez verificada a inexistência de regulamentação

⁹⁵² Retomamos aqui, com algumas modificações, a parte descritiva do mandado de injunção que abordamos em obra anterior. Para uma descrição mais detalhada do instrumento, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 163-184.

⁹⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 364-366.

⁹⁵⁴ SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção judicial contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 100.

⁹⁵⁵ CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 365.

⁹⁵⁶ Cf. art. 5º, inc. LXXI, da Constituição Federal de 1988.

⁹⁵⁷ BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. Op. Cit., p. 76.

a nível legal de uma garantia fundamental do cidadão, a parte, verificando a inconstitucionalidade dessa omissão, pode socorrer-se do mandado de injunção para tentar saná-la. Estabelece-se, com isso, uma típica relação de causa e efeito, através da qual o Poder Judiciário deve intervir para restabelecer a supremacia da Constituição frente à inércia ilegítima do Poder Legislativo.

De certa maneira, pode-se afirmar que o mandado de injunção representou talvez a maior novidade no panorama normativo-constitucional brasileiro desde a introdução do *habeas corpus*. Embora seja certo que o mecanismo procurou inspiração no *writ of injunction* do direito norte-americano⁹⁵⁸, o modo com o qual o legislador constituinte brasileiro resolveu conformá-lo apartou-o, “do ponto de vista material ou de conteúdo, de seu símile predecessor”, a ponto de guardar como “único traço comum de identidade”, para além do nome, apenas o objetivo comum de resguardar direitos do cidadão⁹⁵⁹.

Segundo o texto constitucional, portanto, o mandado de injunção revela-se um remédio constitucional de rito processual próprio, destinado ao controle concreto das omissões legislativas, apto a ser ajuizado sempre que dessa omissão resulte a inviabilização da fruição de determinado direito fundamental⁹⁶⁰. Com esse escopo e ante a indefinição legal do instrumento, o mandado de injunção acabou convertendo, na linha mais ativista da Corte, o Supremo Tribunal Federal em um “dos mais poderosos tribunais constitucionais do mundo”⁹⁶¹.

II.5.6.2 A injunção no direito comparado

II.5.6.2.1 Mandado de injunção x *writ of injunction*

A injunção do direito anglo-saxão move-se principalmente pelo espírito da equidade⁹⁶², isto é, na falta de norma ou mesmo de precedente jurisprudencial a regular a conduta, o magistrado vale-se da *equity* para prover ao demandante a proteção

⁹⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional**, cit., p. 259.

⁹⁵⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 501.

⁹⁶⁰ CUNHA JR., Dirley. Op. Cit., p. 119.

⁹⁶¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 405.

⁹⁶² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-MORDOMO, Rogelio. Op. Cit., p. 50-51.

requerida⁹⁶³. Na verdade, a injunção nasce “abraçada à equidade” e sequer seria possível explicá-la no modelo anglo-saxônico “fora de semelhante conceito de justiça”⁹⁶⁴.

No caso norte-americano, chama-se *writ of injunction* o instrumento destinado a demandar a uma corte judicial a expedição, mediante juízo de equidade, de “um mandado proibitório”, impedindo que a parte demandada execute atos reputados contrários à ordem jurídica. Na qualidade de ordem inibitória, o mandado de injunção possui como característica mais marcante a possibilidade de imposição sumária de multa pecuniária ou mesmo prisão por *contempt of court* da parte que descumprir o comando judicial, “sem lograr o benefício do julgamento por um júri”⁹⁶⁵.

Concebido com a pretensão de ser um “instrumento protetor de direitos subjetivos”, o mandado de injunção acabou por transformar-se no exato oposto. Pouco a pouco, a prática jurisprudencial fez com que o mecanismo transitasse de uma “esfera jusprivatista” para o “campo juspublicístico” propriamente dito. Quando isso aconteceu, o *writ of injunction* passou a desempenhar função nefasta no sistema norte americano, em geral fazendo com que se aviltassem direitos básicos do cidadão em privilégio das classes mais favorecidas⁹⁶⁶. No caso *Lochner vs. New York*, por exemplo, a Suprema Corte norte-americana filiou-se a uma radical forma de ortodoxia liberal econômica, fulminando leis destinadas a mitigar o aviltamento das relações trabalhistas⁹⁶⁷. O caráter repressivo das injunções expedidas pelos tribunais atrasou em décadas o avanço dos direitos sociais trabalhistas nos Estados Unidos, pois as ordens inibiam a convocação de greves, impediam a divulgação de movimentos peditas e proibiam até mesmo a organização de “piquetes pacíficos, cuja única arma era a persuasão à porta das fábricas”⁹⁶⁸.

Posteriormente, no entanto, o “governo das injunções” passou a ser reformulado, conduzindo o mecanismo a fins mais nobres⁹⁶⁹. Isso, contudo, só veio a ocorrer “já nas décadas de cinquenta e sessenta do século passado”, quando a Suprema

⁹⁶³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 32.

⁹⁶⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 501.

⁹⁶⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., p. 510. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento dos referidos doutrinadores.

⁹⁶⁶ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 505.

⁹⁶⁷ (CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito constitucional**, cit., p. 112). No caso *Lochner vs. New York*, a Suprema Corte norte-americana declarou inconstitucional uma lei estadual que limitava a jornada de trabalho a 10 horas diárias e 60 semanais. Nascia aí a chamada *Lochner Era*, que ficaria para sempre marcada como uma fase em que o ativismo judicial atuava no sentido da “invalidação da legislação social em nome da liberdade contratual e por uma visão anacrônica sobre a prevalência absoluta do direito de propriedade” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 149, *infra*).

⁹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 505-506.

⁹⁶⁹ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito constitucional**, cit., p. 112.

Corte norte-americana resolveu reorientar-se “em favor dos direitos fundamentais”⁹⁷⁰. Foi por meio desse *writ*, por exemplo, que a Suprema Corte norte-americana reverteu a segregação racial nas escolas e eliminou o esdrúxulo conceito de *equal but separate* no julgamento do caso *Brown x Board of Education of Topeka*⁹⁷¹.

No caso bretão, o *writ of injunction* constitui-se em uma determinação judicial cujo escopo é proibir alguém de praticar alguma conduta (*prohibitory injunction*) ou compeli-la a fazer algo (*mandatory injunction*)⁹⁷². No direito anglo-saxônico, portanto, o *writ of injunction* revela não um mandado de imposição, mas uma determinação de proibição, de vedação, de impedir que se faça algo (*non facere*). Para além disso, o instrumento comporta ainda medidas de urgência, ou seja, mandados dotados de caráter provisório – à semelhança da tutela inibitória brasileira⁹⁷³. Ao final, com o julgamento do mérito do pedido, a ordem pode converter-se em mandado definitivo⁹⁷⁴.

No caso brasileiro, todavia, a injunção estrutura-se de maneira inteiramente diversa. Seu intuito declarado não é de formação de mandado inibitórios fundados em juízos de equidade, mas, sim, o de servir de instrumento processual efetivo de garantia dos direitos fundamentais⁹⁷⁵. Seu propósito é garantir a exequibilidade de um direito fundamental ainda não regulamentado por meio de uma *interpositio judicialis*, ante a inércia inconstitucional do legislador⁹⁷⁶.

II.5.6.2.2 Mandado de injunção x *Verfassungsbeschwerde*

Não há também, como quer parte da doutrina, qualquer fundamento dogmático a aproximar o mandado de injunção da *Verfassungsbeschwerde*⁹⁷⁷.

À partida, a ação constitucional de defesa alemã destina-se a sindicat qualquer gênero de violação, seja comissiva ou omissiva⁹⁷⁸. O mandado de injunção, por

⁹⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 164.

⁹⁷¹ De acordo com o entendimento firmado nesse caso, a segregação racial nas escolas violava a cláusula de igualdade perante a lei (FARNSWORTH, E. Allan. Op. Cit., p. 167).

⁹⁷² PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 32.

⁹⁷³ Na sistemática processual civil, a tutela inibitória serve “para impedir a prática do ilícito, ou apenas para impedir a sua continuação ou repetição” (MARINONI, Luis Guilherme. **Tutela inibitória**. São Paulo: RT, 2000, p. 82).

⁹⁷⁴ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 32.

⁹⁷⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., p. 515.

⁹⁷⁶ FRANÇA, Giovane de Azevedo. **Os limites funcionais do controle judicial das omissões legislativas – A nova dimensão do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a partir do leading case MI nº. 708**. Lisboa: BFDUL, 2008, p. 62.

⁹⁷⁷ Nesse sentido, cf. FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle de constitucionalidade da omissão legislativa – Instrumentos de proteção judicial e seus efeitos**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 73.

seu turno, mostra-se imprestável para fiscalizar outro tipo de ato inconstitucional, senão os puramente omissivos. Embora em ambos os instrumentos haja delimitação de seu espectro de cabimento aos direitos fundamentais⁹⁷⁹, a restrição no mecanismo brasileiro revela-se ainda mais acentuada.

Outra característica a diferenciar um e outro tipos processuais é o fato de a *Verfassungsbeschwerde* impor o prévio esgotamento das vias ordinárias para seu manejo, pressuposto processual inexistente para o mandado de injunção⁹⁸⁰. Fora isso, a queixa constitucional pressupõe um provimento jurisdicional urgente, tendo em vista que pretende tutelar direito fundamental do autor. Trata-se de pressuposto inexistente no mandado de injunção, no qual sequer há previsão de medida liminar⁹⁸¹.

Assim, embora haja certas semelhanças a aproximá-lo de figuras afins em ordenamentos alienígenas, o mandado de injunção brasileiro é um instrumento único e original, sem paralelo em nenhum outro ordenamento jurídico e mesmo no ordenamento brasileiro. De fato, embora a *injunction* – no sentido anglo-saxão do instrumento – já se manifestasse no direito processual civil por meio de figuras como o interdito proibitório e a ação cominatória⁹⁸², em ambos os casos a injunção nada tem a ver com a concretização ou efetivação de normas constitucionais⁹⁸³.

Trata-se, portanto, de uma criação original brasileira, que desconhece similar no mundo ocidental⁹⁸⁴. Com efeito, o mandado de injunção representou talvez a maior novidade dentre as garantias constitucionais insculpidas na Constituição de 1988⁹⁸⁵. Ele não guarda qualquer relação de identidade, quer quanto ao procedimento, quer quanto aos objetivos, com instrumentos nominalmente similares do direito anglo-saxônico (americano e britânico)⁹⁸⁶.

II.5.6.3 Objeto

⁹⁷⁸ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 36-37.

⁹⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 193.

⁹⁸⁰ HESSE, Konrad. **Significado dos direitos fundamentais**, cit., p. 69. No mesmo sentido cf. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 36.

⁹⁸¹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 36.

⁹⁸² MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 61-62.

⁹⁸³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 31-32. Para o elogio à originalidade, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 365.

⁹⁸⁴ CUNHA JR., Dirley. Op. Cit., p. 118.

⁹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 505.

⁹⁸⁶ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 505.

O primeiro problema relacionado ao mandado de injunção diz respeito ao seu objeto. Qual seria o alcance da expressão “direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” a que alude o constituinte de 1988?

Como não havia lei a respeito e a doutrina ainda se encontrava em estado um tanto quanto incipiente ante a matéria, a definição do âmbito de aplicação do mandado de injunção precipitou-se numa grande celeuma jurídica⁹⁸⁷.

Houve, por exemplo, quem defendesse que o mandado de injunção não poderia ficar circunscrito às omissões legislativas, mas poderia sindicá-las “toda e qualquer medida necessária para tornar efetiva norma constitucional” – inclusive, portanto, as de natureza administrativa – como “leis, regulamentos, decretos, portarias, instruções, resoluções, despachos administrativos e outros atos legais e administrativos”, desde que o vácuo legislativo pusesse em xeque o gozo de “prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”⁹⁸⁸.

Do outro lado, parte da doutrina passou a advogar a tese segundo a qual a expressão contida no inc. LXXI do art. 5º da Constituição remeteria a “direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao *status* de nacional, ao *status* de cidadão e à soberania do povo na participação do governo”⁹⁸⁹. Dessa forma, somente os direitos de liberdade seriam sindicáveis pelo mandado de injunção, deixando-se os direitos sociais escaparia à margem desse instrumento⁹⁹⁰.

Numa linha mais radical, havia até mesmo quem defendesse que “todos os direitos e todas as liberdades que tenham fundamento na Constituição”, assim como as “prerrogativas inerentes à nacionalidade, cidadania e soberania, *ainda que não diretamente contempladas no texto constitucional*” poderiam ser objeto de mandado de injunção⁹⁹¹. O remédio seria, portanto, uma espécie de coringa constitucional, através do qual seria

⁹⁸⁷ O que leva, por exemplo, constitucionalistas do naipe de um Celso Ribeiro Bastos a confundir objeto com efeitos da decisão, e simplesmente não deitar uma única linha sobre o alcance da expressão contida no inciso LXXI do art. 5º da CF/88 (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 366-369).

⁹⁸⁸ CUNHA JR., Dirley. Op. Cit., p. 119.

⁹⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 276-277.

⁹⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 276-277.

⁹⁹¹ (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Mandado de injunção**. Revista de Processo, v. 14, nº. 56, p. 110-121, dez/1989. São Paulo, p. 112 – Itálico do original). No mesmo sentido, cf. NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 1992, p. 106; e VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Constituição e Processo (questões polêmicas): a nova feição do mandado de injunção**. Revista de Direito Público. São Paulo, v. 100, p. 169-174, dez. 1991, p. 170.

possível syndicar praticamente todo e qualquer direito previsto na Constituição e mesmo fora dela⁹⁹².

A rigor, doutrina e jurisprudência põem-se de acordo somente quanto ao entendimento do termo “soberania”, afirmando o sentido de que a expressão remete à soberania política (art. 14, CF/88), e não à soberania estatal⁹⁹³. Dessa conclusão, contudo, não resulta qualquer efeito prático, uma vez que é duvidoso extrair dela algum direito individual⁹⁹⁴.

Para além da soberania, há relativa paz doutrinária quanto à limitação do cabimento da injunção somente para coibir violação a normas constitucionais de eficácia limitada⁹⁹⁵. Afinal, nos casos de normas constitucionais de eficácia contida não há lugar para o remédio, visto que estas produzem seus efeitos desde logo, permitindo-se ao legislador apenas restringir *a posteriori* o espectro de alcance da norma⁹⁹⁶. Com mais razão, portanto, será incabível o mandado de injunção nos casos de normas constitucionais de eficácia imediata, em virtude da simples inutilidade do instrumento, destinado a regulamentar normas constitucionais não exequíveis por si próprias⁹⁹⁷.

Restam, contudo, dúvidas quanto ao cabimento do instrumento para tutelar direitos sociais. Para parte da doutrina, somente se poderia cogitar do instrumento para direitos, liberdades e garantias, pois não parece possível valer-se a parte da injunção para obrigar o Estado a prover direitos sociais ainda não concretizados pelo legislador.⁹⁹⁸ Outra corrente, contudo, defende que, “inobstante tenham teores eficaciais distintos”, os direitos sociais “são verdadeiros direitos subjetivos”, sendo passíveis, portanto, de regulamentação através do mandado de injunção⁹⁹⁹.

O objeto a ser escrutinado pelo mandado de injunção permanece, pois, sob intenso debate.

II.5.6.4 Legitimidade

⁹⁹² Nesse sentido, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 366.

⁹⁹³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 57.

⁹⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 366.

⁹⁹⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 51.

⁹⁹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 452-453.

⁹⁹⁷ Para o conceito de normas constitucionais não exequíveis por si próprias, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, t. 2, cit., p. 539-541.

⁹⁹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 314.

⁹⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In **Revista de Direito Público**, n.º 57/58, p. 233-256, 1981, p. 250-251.

Ao contrário da controvérsia quanto ao objeto, a legitimidade não sugere grandes dúvidas, nem no campo doutrinário, nem no campo jurisprudencial. Enquanto a Adin por omissão revela-se como uma ação de controle abstrato e, como tal, restrita a determinados legitimados a nível constitucional¹⁰⁰⁰, o mandado de injunção estrutura-se como ação de controle concreto, sendo passível de ajuizamento por qualquer pessoa¹⁰⁰¹. E, quando se fala em “qualquer pessoa”, é de fato qualquer pessoa, “singular ou colectiva”, desde que pendente regulamentação infraconstitucional a inviabilizar a fruição de direito fundamental¹⁰⁰². É da legitimação ativa, pois, que se extrai a dimensão subjetiva do mandado de injunção. O impetrante busca através desse remédio “mais à satisfação de um direito, liberdade ou prerrogativa particular seu” do que propriamente uma solução normativa geral apta a solucionar o seu e os demais casos a este idênticos¹⁰⁰³.

Do lado passivo, tampouco há dúvidas sobre quem deve figurar no pólo correspondente da ação. Figurará como réu no mandado de injunção o ente responsável pela edição da norma¹⁰⁰⁴. Mas nem sempre a este corresponderá o Poder Legislativo competente para aprová-la. Nos casos de reserva de iniciativa, nos quais a mora não pode ser imputada ao Poder Legislativo, senão ao ente privativamente competente para deflagrar o processo de produção normativa, será este que deverá figurar como réu na ação¹⁰⁰⁵. Caso a parte se equivoque e indique erroneamente a parte a figurar no pólo passivo da demanda, o mandado de injunção deve ser extinto sem julgamento do mérito. Assim já decidiu o Supremo em diversos julgados¹⁰⁰⁶.

Destaque-se, por fim, que, caso o detentor de reserva de iniciativa já tenha dado início ao processo legislativo, remetendo o projeto ao Poder Legislativo correspondente, também se poderá cogitar de mandado de injunção¹⁰⁰⁷. Isso porque lhe compete apenas o envio do projeto. A sua eventual aprovação ou rejeição são tarefas afetas

¹⁰⁰⁰ QUARESMA, Regina. In MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 280.

¹⁰⁰¹ QUARESMA, Regina. Op. Cit., p. 280.

¹⁰⁰² SILVA, Jorge Pereira. Op. Cit., p. 105.

¹⁰⁰³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 104.

¹⁰⁰⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 751.

¹⁰⁰⁵ QUARESMA, Regina. Op. Cit., p. 280.

¹⁰⁰⁶ Cf., por todos, STF – Pleno. MI nº. 142/SP. Relator: Ministro Paulo Brossard. Julgado em 7.3.90, publicada no DJ de 14.3.90.

¹⁰⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 178.

ao Legislativo. Logo, seria no mínimo estranho admitir a utilização do mandado de injunção visando a extirpar uma omissão que não mais se configura¹⁰⁰⁸.

II.5.6.5 Estruturação do instrumento

II.5.6.5.1 A questão da auto-aplicabilidade

Embora se apresentasse como uma grande novidade na tutela de direitos fundamentais, o mandado de injunção trazia consigo diversos problemas. Ao se afirmar que o mandado de injunção é uma ação de cunho constitucional, por definição devemos adotar o entendimento segundo o qual uma série de condições e requisitos precisaria ser satisfeita para que validamente se pudesse recorrer a esse instrumento¹⁰⁰⁹.

Nessa linha, a primeira questão que se apresentava era: até onde se poderia afirmar que a garantia expressa no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal era ou não autoaplicável?¹⁰¹⁰

Para parte da doutrina, a questão simplesmente não se punha. A recusa à auto-aplicabilidade do instituto não seria senão uma forma de “sofismar o mais poderoso instituto já concebido no Direito Constitucional”¹⁰¹¹. Como grande parte dos remédios constitucionais no direito brasileiro possui inspiração americana – e o *habeas corpus* é exemplo disso –, sendo o mandado de injunção um instrumento de garantia de direitos individuais, não deveria haver dúvidas quanto à sua auto-aplicação¹⁰¹².

Todavia, no julgamento do MI nº. 107DF, o parecer da Procuradoria-Geral da República foi no sentido de negar-se ao instrumento aplicabilidade imediata. De acordo com a PGR, embora a Constituição determinasse a autoexecutoriedade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais – e não havia qualquer dúvida quanto à inclusão do mandado de injunção nesse rol –, não havia no texto constitucional elementos mínimos que permitissem a aplicação imediata do preceito¹⁰¹³. Parte minoritária da doutrina aderiu a esse entendimento, insinuando a necessidade de regulamentação do

¹⁰⁰⁸ STF – Pleno. MI nº. 193/DF. Relator: Ministro Célio Borja. Julgado em 23.5.90, publicada no DJ de 28.5.90.

¹⁰⁰⁹ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Mandado de injunção como poder-atribuição**, cit., p. 310.

¹⁰¹⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 505.

¹⁰¹¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 512.

¹⁰¹² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 168.

¹⁰¹³ Cf. parecer da Procuradoria-Geral da República no julgamento do MI nº. 107/DF.

instrumento¹⁰¹⁴. Afinal, como dizer sobre quais bases iria se processar o pedido?¹⁰¹⁵ O relator do caso, contudo, trilhou caminho diverso.

Em seu voto, o Ministro Moreira Alves assentou a necessidade de verificar se o instrumento era capaz de produzir efeitos “sem a necessidade de suplementação de lei ordinária”. Segundo o relator, a Constituição de fato não dissera qualquer palavra sobre a legitimação ativa ou passiva da ação constitucional, muito menos se referira à categoria de pronunciamento judicial que adviria de seu julgamento. Todavia, a considerar que o próprio texto constitucional estabeleceria a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar os mandados de injunção quando “a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”¹⁰¹⁶, as questões relativas à legitimidade e à competência estariam já devidamente resolvidas a nível constitucional¹⁰¹⁷. Prevaleceu, portanto, a corrente a defender a eficácia plena do inciso LXXI do art. 5º. da Constituição Federal¹⁰¹⁸.

Olhando-se a fundo, parecia estranho “recusar auto-aplicabilidade ao mandado de injunção”¹⁰¹⁹. Seria “um enorme contra-senso” colocar o instrumento destinado a sanar a omissão do legislador como dependente de norma regulamentadora para alcançar sua eficácia plena¹⁰²⁰. Ou, por outras palavras, a não admissão da tese de aplicabilidade direta conduziria “à situação paradoxal de inconstitucionalidade por omissão relativamente às normas constitucionais que consagram o próprio instituto”¹⁰²¹. No fundo, o mandado de injunção acabaria na esdrúxula posição de “vítima do vício que tende a combater”¹⁰²². Para os mais radicais, seria possível até mesmo imaginar o recurso do jurisdicionado ao mandado de segurança, simplesmente para garantir a via injuntiva¹⁰²³.

¹⁰¹⁴ Nesse sentido, cf. DANTAS, Ivo. **Mandado de injunção**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1994, p. 73.

¹⁰¹⁵ DANTAS, Ivo. Op. cit., p. 73.

¹⁰¹⁶ Cf. art. 102, inc. I, alínea ‘q’, da Constituição Federal de 1988.

¹⁰¹⁷ STF – Pleno. QO no MI nº. 107/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgado em 23.11.89, publicada no DJ de 21.9.90.

¹⁰¹⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 750.

¹⁰¹⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit., p. 516.

¹⁰²⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 28.

¹⁰²¹ SILVA, Jorge Pereira. Op. Cit., p. 104.

¹⁰²² TAVARES, André Ramos. **Tratado de arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 100.

¹⁰²³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 28.

II.5.6.5.2 O recurso às normas processuais do mandado de segurança

Resolvida a questão da auto-aplicabilidade, restava saber como efetivamente se processariam os mandados de injunção, entretanto. Do ponto de vista teórico, a questão estava solucionada. Do ponto de vista prático, agora é que ela começaria a se avolumar.

Curiosamente, o constituinte de 1988, quando pensou em criar esse instrumento, pareceu ter esquecido que, enquanto o mandado de segurança, o *habeas corpus* e o *habeas data* constituíam instrumentos de larga utilização no direito nacional, com vasta construção doutrinária e jurisprudencial a respeito, o mandado de injunção revelava-se instrumento inteiramente novo, do qual pouco se conhecia e sequer se sabia qual seria seu alcance. Eis porque a omissão quanto à estruturação do instrumento, quase irrelevante nos demais casos, tornou-se tão agonizante no caso do mandado de injunção¹⁰²⁴.

Uma vez que não se encontra modelo similar em qualquer outro ordenamento que pudesse servir de paradigma para a regulamentação do instrumento brasileiro, a definição dos contornos desse intrigante mecanismo jurídico acabou por ficar circunscrito à doutrina e à jurisprudência pátrias, que tiveram papel decisivo na configuração desse remédio constitucional¹⁰²⁵. A lacuna legislativa quanto à regulamentação processual do instrumento de certo modo impôs que o Supremo, em espaço relativamente exíguo de tempo, apreciasse “não só a questão relativa à imediata aplicação desse instituto, independentemente da promulgação de regras processuais próprias, como também a decidir sobre o significado e a natureza do mandado de injunção na ordem constitucional brasileira”¹⁰²⁶.

No já citado julgamento do MI nº. 107/DF, o STF entendeu que, à falta de legislação processual específica, seria aplicável ao mandado de injunção o mesmo rito previsto para o mandado de segurança. Para o Supremo Tribunal Federal, as regras processuais relativas ao MS serviriam ao mandado de injunção por analogia, pois não se

¹⁰²⁴ ROSA, André Vicente Pires. Mandado de injunção sob a perspectiva do Projeto de Lei n. 6.128, de 2009. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 102.

¹⁰²⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de Injunção. In DIDIER JR. Freddie (org.) **Ações constitucionais**. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2008, p. 212.

¹⁰²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade das omissões legislativas e o mandado de injunção: a necessidade de regulamentação normativa no direito brasileiro. In SOUSA, Marcelo Rebelo; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 888.

poderia conceber que uma norma constitucional fosse reconhecida como autoaplicável e não haver instrumental jurídico-processual a garantir sua regular utilização¹⁰²⁷.

Se o recurso analógico às normas processuais do mandado de segurança resolveu imediatamente o problema do ponto de vista prático, do ponto de vista teórico a solução revela algo de difícil justificação. Se é verdade que o dispositivo constitucional instituidor do mandado de injunção reclama auto-aplicabilidade, “não é menos verdade que a aplicação subsidiária das normas instrumentais que viabilizam a segurança não atendem às exigências particulares da injunção que em pouco ou nada se assemelha ao mandado de segurança”¹⁰²⁸. A rigor, a única semelhança entre ambos está na “nomenclatura (mandado de segurança e mandado de injunção)”, semelhança que, no final das contas, “é o mesmo que nada”¹⁰²⁹.

Como se isso não bastasse, os objetos de proteção em um (mandado de injunção) e outro (mandado de segurança) instrumentos são inteiramente distintos. Enquanto no mandado de segurança estabelece-se um procedimento mais simples e célere visando ao controle mais efetivo “do exercício da autoridade”, no mandado de injunção visa-se a colmatar vazios normativos produzidos pela omissão inconstitucional do legislador. Ou, por outro prisma, enquanto o MS foi criado “para tornar mais ágil a atividade jurisdicional”, o mandado de injunção foi pensado para torná-la “mais abrangente”¹⁰³⁰. Desse modo, seria mais conveniente a adoção do procedimento comum ordinário, de ampla apreciação jurisdicional e de rito mais vagaroso.

Nada obstante as críticas a nível doutrinário, o fato é que o recurso analógico às normas de processamento do mandado de segurança ganhou amparo normativo¹⁰³¹. Com o advento da Lei nº. 8.038/90, determinou-se que “no mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não for editada lei específica”¹⁰³². Ficou, então, sepultada qualquer discussão acerca do processamento do *writ* brasileiro¹⁰³³. Enquanto não sobreviesse norma

¹⁰²⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no direto brasileiro**, cit., p. 312.

¹⁰²⁸ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Mandado de injunção – Da inconstitucionalidade por omissão**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 48.

¹⁰²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Mandado de injunção**. Revista de Processo, v. 23, no. 94, p. 146-151, abr./jun. 1990, p. 150.

¹⁰³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. Cit., p. 150.

¹⁰³¹ MAZZEI, Rodrigo Reis. Op. Cit., p. 214.

¹⁰³² Cf. art. 24, parágrafo único, da Lei nº. 8.038/90.

¹⁰³³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 30.

específica a regular o processo e julgamento do mandado de injunção, aplicar-se-ia analogicamente as regras que regulamentavam o mandado de segurança¹⁰³⁴.

II.5.6.5.3 Processamento

Revela-se o mandado de injunção como um típico instrumento processual de natureza contenciosa, com vertente concreta, desenvolvido em uma relação processual cujo caráter subjetivo é incontestável¹⁰³⁵. Por sua característica de não poder suprir o vácuo normativo nem mesmo *in concreto* – conforme se verá mais adiante, essa foi a posição inicial do Supremo Tribunal Federal –, sempre se entendeu que o mandado de injunção era incompatível com o deferimento de medidas liminares, quer cautelares, quer antecipatórias, pois tais medidas implicariam um provimento de urgência “cujo alcance nitidamente ultrapassa os limites da decisão a ser afinal proferida”¹⁰³⁶.

Para a impetração, basta o assento do direito postulado em norma constitucional de eficácia limitada, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de regulamentação, de modo a viabilizar ao jurisdicionado a via injuntiva¹⁰³⁷.

Proposta a demanda, a parte demandada será notificada para prestar informações no prazo de dez dias, sob pena de responsabilização pessoal. Após a manifestação da parte contrária, os autos deverão ser remetidos ao Ministério Público Federal para emissão de parecer. Finda a fase de manifestação, os autos deverão ser conclusos ao relator, para pedir dia e oportunidade de julgamento plenário da ação¹⁰³⁸.

Se o pedido versar sobre: norma autoaplicável; norma contida; recepção de normas anteriores à CF/88; regulamentação posterior à CF/88 e anterior à propositura do MI; ausência de decurso de prazo para edição da norma regulamentadora, o Supremo Tribunal Federal deverá julgá-lo improcedente, haja vista o despropósito do manejo do instrumento¹⁰³⁹.

¹⁰³⁴ SILVA, Jorge Pereira. Op. Cit., p. 104.

¹⁰³⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 98.

¹⁰³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**, cit., p. 176. No mesmo sentido, cf. STF – Pleno. MI nº. 520/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 13.12.95, publicada no DJ de 19.12.95.

¹⁰³⁷ Cf., por todos, o MI nº. 107/DF. Nesse sentido, cf. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 59.

¹⁰³⁸ Para a sistemática de processamento do mandado de segurança, cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 656-680.

¹⁰³⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 193-205.

Discute-se, todavia, a hipótese em que, embora ainda não exista norma regulamentadora, tramita projeto de lei destinado a densificar o comando constitucional. Para alguns, o trâmite de projeto tendente a preencher o vazio normativo não impossibilita a impetração do mandado de injunção¹⁰⁴⁰. Essa, contudo, não é a posição do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁴¹. Quando, no curso do processo, sobrevier a regulamentação de norma constitucional postulada pelo impetrante, resta inequívoco que se caracteriza a perda superveniente do interesse processual, a recomendar a extinção do processo sem julgamento de mérito¹⁰⁴².

Para além disso, o mandado de injunção também não se mostra a via processual adequada para fiscalizar o cumprimento integral do mandamento contido em norma constitucional de eficácia limitada. É dizer: uma vez advinda a regulamentação por meio de norma infraconstitucional, perde o mandado de injunção seu objeto. Torna-se imprópria a sua utilização justamente porque já haverá regulamentação e, portanto, não se pode cogitar de omissão absoluta, vácuo legislativo para o qual o mandado de injunção pretende assumir a condição de remédio¹⁰⁴³.

II.5.6.5.4 Problemática dos efeitos da decisão no mandado de injunção

Se os impasses da auto-aplicabilidade e do processamento não se mostraram suficientemente fortes para transformar o mandado de injunção em estorvo, a discussão acerca dos efeitos de sua decisão permanece um mistério inconcluso no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Em outras palavras: i) sabia-se que o dispositivo instituidor do mandado de injunção era autoaplicável; ii) sabia-se que seu processamento seguiria as regras referentes ao mandado de segurança; iii) mas *não se sabia* que tipo de decisão ao final deveria ser prolatada pela Suprema Corte brasileira.

A indeterminação da norma constitucional consagradora do mandado de injunção é a justificativa recorrente para a controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto aos seus efeitos¹⁰⁴⁴. De fato, da redação literal do inciso LXXI do art. 5º da Constituição

¹⁰⁴⁰ CUNHA JR., Dirley. Op. Cit., p. 122.

¹⁰⁴¹ STF – Pleno. MI nº. 641/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão, julgado em 20.2.02, publicada no DJU de 5.4.02.

¹⁰⁴² PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 166.

¹⁰⁴³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 51.

¹⁰⁴⁴ Para o Prof. Blanco de Moraes, por exemplo, o constituinte remeteu ao legislador “implicitamente” a tarefa de definir os efeitos da decisão no mandado de injunção (MORAIS, Carlos Blanco de. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André

Federal não se infere de modo claro a competência do Supremo Tribunal Federal para, na falta do legislador, substituir-se a este e resolver a omissão absoluta pela edição da norma em falta, “mesmo para o caso concreto”¹⁰⁴⁵.

Ante a falta de definição a nível legal ou constitucional, a doutrina formulou quatro hipóteses para os efeitos da decisão prolatada em sede de mandado de injunção. Para os adeptos da *posição não concretista*, o efeito do mandado de injunção seria idêntico ao da Adin por omissão: reconhecer a omissão do ente legislativo e notificá-lo para que produzisse a norma faltante. Já para os seguidores da *posição concretista individual direta*, seria possível ao Judiciário estipular uma norma para preencher o vácuo legislativo, desde que esta fosse aplicável apenas ao caso concreto, com efeitos *inter partes*. Numa tentativa de conciliação entre as correntes *não concretista* e *concretista individual*, havia os formuladores da *posição concretista individual intermediária*, a advogar o estabelecimento de prazo para suprimimento da omissão pelo Poder Legislativo, findo o qual, a persistir a inércia, estaria o Judiciário autorizado a preenchê-la. No extremo oposto, por fim, estão os defensores da *posição concretista geral*, segundo a qual seria possível às Cortes produzir uma norma geral e abstrata, com efeitos *erga omnes*, cujos eficácia perduraria enquanto não preenchido o vazio normativo¹⁰⁴⁶.

Mas, dentre tantas opções, qual foi o caminho escolhido pelo STF?

II.5.6.5.4.1 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Desde o advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal adotou, em relação ao mandado de injunção, uma posição dúbia e vacilante. Talvez receoso dos impactos que uma decisão mais vanguardista pudesse causar dentro de um sistema jurídico que acabara de ser inaugurado, o STF esquivou-se o quanto pôde de analisar os desdobramentos da inovação produzida pelo constituinte de 1988. A delonga, contudo, não tardaria a impor a sua resolução.

Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: Estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 337).

¹⁰⁴⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma. In AA. VV. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**- Stvdia Ivridica 104. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v.3, p. 606.

¹⁰⁴⁶ Para a sistematização, cf. LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 585.

II.5.6.5.4.1.1 O *leading case*

No julgamento do MI nº. 107/DF, o Supremo Tribunal Federal foi colocado pela primeira vez frente à problemática acerca dos efeitos do mandado de injunção.

Conforme visto anteriormente, a primeira questão revelava-se condição *sine qua non* para discutir todo o resto: que espécie de processamento seria conferido ao mandado de injunção? Ao final, como se viu anteriormente, restou consagrada a decisão de trasladar as normas relativas ao mandado de segurança.

Todavia, a questão da sistemática processual do mandado de injunção era apenas *um* problema, mas não *todo* o problema do instrumento. Embora estivesse definido que o mecanismo seguiria o rito previsto para o *writ of mandamus*, não se sabia o que aconteceria quando se alcançasse o seu final. Ou seja: quais seriam os *efeitos* da decisão proferida em mandado de injunção?

No percorrer de seu voto, o relator do caso, Ministro Moreira Alves, procedeu a um rigoroso apurado da então incipiente doutrina sobre o instrumento, considerando que a Carta de 1988 fora promulgada há menos de dois meses. Reunindo as diversas opiniões doutrinárias em duas grandes correntes, o Ministro Moreira Alves indagava-se se o mandado de injunção deveria ser destinado a “obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional, ou marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias à eliminação dessa omissão”; ou se, por outro lado, o instrumento estaria talhado para impugnar a inobservância do “dever jurídico correspondente ao direito subjetivo, garantia ou prerrogativa cujo exercício está inviabilizado pela omissão regulamentadora”, com vistas a produzir uma “sentença constitutiva em favor do autor, viabilizando-lhe esse exercício, com a sua regulamentação”¹⁰⁴⁷.

Ao adotar-se a segunda corrente, apontava Moreira Alves, eliminar-se-ia a maior objeção à primeira corrente, qual seja, a virtual inexistência de instrumento prático a compelir ao cumprimento forçado do comando mandamental caso o Poder ou a autoridade responsável pela omissão inconstitucional quede inerte. Seja com eficácia *erga omnes*, seja com eficácia *inter partes*, a decisão injuncional permitiria o imediato gozo e

¹⁰⁴⁷ STF – Pleno. QO no MI nº. 107/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgado em 23.11.89, publicada no DJ de 21.9.90.

fruição do direito a ser regulamentado, viabilizando o exercício dos direitos, garantias e prerrogativas ali referidos. Por outro lado, seria demasiado complicado outorgar o suprimento imediato da omissão quando estivessem envolvidas “a organização prévia de determinados serviços ou a alocação de específica de recursos”, visto que a eventual competência deferida ao Poder Judiciário de substituir-se ao Poder Legislativo não autorizaria a derrogação de “todos os preceitos que disciplinam a organização política do Estado”. Por isso mesmo, não seriam esporádicas, mas antes muito comuns, as hipóteses em que faleceria aos tribunais “condições técnicas” para implementar o direito reclamado em mandado de injunção, o que acabaria por ocasionar uma estapafúrdia situação de *non liquet*. Assim, a melhor alternativa seria a de determinar que, diante do vácuo legislativo, resultaria da sentença injuncional um provimento do qual decorresse a “declaração de inconstitucionalidade dessa omissão”, cientificando-se o Poder competente para adotar “as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão”¹⁰⁴⁸.

Observa-se, portanto, que, na primeira ocasião em que se defrontou com o mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal equiparou a decisão do mandado de injunção aos resultados da decisão na Adin por omissão¹⁰⁴⁹. Em outras palavras, o STF filiou-se à corrente *não concretista*¹⁰⁵⁰. Com isso, mandado de injunção e Adin por omissão tinham apenas a distingui-los a legitimidade ativa. Em ambos os casos, porém, ter-se-ia um instrumento destinado a syndicar omissões legislativas inconstitucionais, mas de cuja procedência não resultaria a autorização para o Poder Judiciário substituir-se ao legislador e regulamentar, ele próprio, o vazio normativo verificado¹⁰⁵¹. Assim como na Adin por omissão, o mandado de injunção poderia no máximo “convidar” o poder legislativo competente a suprir a omissão, mas jamais compeli-lo a conferir eficácia à norma constitucional carente de regulamentação¹⁰⁵². Por isso mesmo, parte da doutrina acusava o STF de nulificar na prática a novidade representada pelo mandado de injunção, transformando-o em um instrumento invariavelmente ineficaz¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁸ Cf. voto do Ministro Moreira Alves na QO no MI nº. 107/DF.

¹⁰⁴⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 317.

¹⁰⁵⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 753.

¹⁰⁵¹ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 318.

¹⁰⁵² RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 318.

¹⁰⁵³ MORAIS, Carlos Blanco. **Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais**, cit., p. 91.

II.5.6.5.4.1.2 O avanço do Supremo Tribunal Federal

A grande crítica que se fazia a esse julgamento resultava de sua própria conclusão. Para a imensa maioria da doutrina, a decisão proferida no MI nº. 107/DF teria transformado o mandado de injunção em um instrumento “capenga e inútil”¹⁰⁵⁴. Equiparado à Adin por omissão, o instrumento não implicaria maiores alterações do panorama legislativo, em particular quando se considera a postura malemolente com a qual o Congresso Nacional costuma encarar os “apelos” do Supremo Tribunal Federal.

De fato, a grande questão por trás do processo de julgamento das omissões inconstitucionais resulta da prática legislativa de negligenciar as decisões proferidas pelo STF. Na Alemanha, por exemplo, o recurso ao *apelo ao legislador* sempre encontrou neste um interlocutor cordato e receptivo. Em Portugal, a omissão ficou reservada a ocasiões extraordinárias, razão pela qual o próprio uso da ação de inconstitucionalidade por omissão ficou restrito no tempo e na prática¹⁰⁵⁵. No Brasil, ao revés, produziu-se “uma dinâmica institucional indesejável, composta de recalcitrância legislativa e ineficácia judicial”¹⁰⁵⁶.

Diante da insuficiência das decisões meramente notificadoras da mora, pouco a pouco o STF passou a insinuar a possibilidade de avocar para si o poder de suplência do vácuo legislativo, pois a omissão *ad infinitum* do legislador não poderia “ser coroada com igual omissão do juiz, mormente o constitucional”¹⁰⁵⁷.

II.5.6.5.4.1.2.1 O Mandado de Injunção nº. 283/DF

No julgamento do MI nº. 283/DF, discutia-se o direito à reparação econômica a militares que, proscritos, haviam sido impedidos de exercer as atividades econômicas de suas habilitações profissionais na vida civil pela Ditadura Militar. Previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, esse direito dependia da aprovação de lei específica pelo Congresso Nacional, impondo o próprio legislador constituinte

¹⁰⁵⁴ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Op. Cit., p. 304.

¹⁰⁵⁵ Não custa recordar que, no caso lusitano, até hoje foram propostas apenas treze ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão. Nesse sentido, cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, t. VI, cit., p. 328-329.

¹⁰⁵⁶ PAIVA, Paulo. A natureza das decisões em mandado de injunção: acerca da supressão unilateral da omissão mediante decisões de perfil aditivo. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 431.

¹⁰⁵⁷ PAIVA, Paulo. Op. Cit., p. 431.

originário o prazo de doze meses, “a contar da promulgação da Constituição”, para que a norma viesse a lume¹⁰⁵⁸. Não obstante a delimitação do prazo no próprio texto constitucional, doze meses passaram-se e nenhuma norma foi aprovada quanto à matéria.

O relator do caso, Ministro Sepúlveda Pertence, inicialmente inclinou-se por manter a orientação firmada no julgamento do *leading case* sobre a matéria, ou seja, notificar o Poder Legislativo para que purgasse a mora legislativa e produzisse a norma faltante. A isso acrescentou apenas a esperança de que, ciente da mora, o Congresso Nacional recorresse aos “mecanismos de urgência que o processo legislativo lhe propicia, para cumpri-lo no menor tempo adequado”¹⁰⁵⁹.

Talvez contrariado com a perspectiva de ver novamente o provimento mandamental ignorado, “cuja persistência frustra a eficácia da Constituição e pode eventualmente ensejar a responsabilidade patrimonial do Estado”, o Ministro Sepúlveda Pertence resolveu aditar o seu voto, conferindo nova leitura ao mandado de injunção. À vista da superação iniludível do “prazo constitucional assinado para a edição da lei”, o relator determinou que a mora legislativa fosse suprimida no prazo de 60 dias: 45 para a tramitação do projeto de lei, mais 15 para a sanção presidencial. Se o prazo prescrito fosse uma vez mais ignorado, o autor estaria autorizado a demandar contra a União, “pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação devida, pelas perdas e danos que se arbitrem”¹⁰⁶⁰.

Com essa decisão, insinuou-se uma tímida aproximação do STF à posição *concretista individual intermediária*, pois, à falta de norma regulamentadora, estava-se autorizando o cidadão a postular diretamente o direito reclamado. Embora houvesse a remessa da solução definitiva do caso para a “via processual adequada”, isto é, às ações ordinárias em 1º grau de jurisdição, é certo que o requerente da sentença injuncional poderia requerer a condenação independentemente da regulamentação da matéria pelo Congresso Nacional¹⁰⁶¹. A mera notificação da mora legislativa ao Congresso Nacional, portanto, tornara-se coisa do passado.

II.5.6.5.4.1.2.2 O Mandado de Injunção nº. 232/RJ

¹⁰⁵⁸ Cf. art. 8º, §3º, do ADCT.

¹⁰⁵⁹ Cf. voto do Ministro Sepúlveda Pertence no MI nº. 283/DF.

¹⁰⁶⁰ STF – PLENO. MI nº. 283/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 20.3.91, publicada no DJ de 14.11.91.

¹⁰⁶¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 753.

Mesmo essa providência, contudo, provou-se ineficaz.

Pouco tempo após a mudança do paradigma inicial do MI nº. 107/DF pelo decidido no MI nº. 283/DF, o STF voltou a deparar-se com a problemática das omissões legislativas inconstitucionais sindicadas através de mandado de injunção.

No caso em exame, discutia-se a imunidade tributária conferida pela Constituição às entidades beneficentes de assistência social. Dispensadas do pagamento das contribuições previdenciárias e à seguridade social, a isenção outorgada pelo texto constitucional carecia de regulamentação legal¹⁰⁶².

O dilema, como se pode observar, adquiria feições extremamente graves. Afinal, enquanto não adviesse a norma regulamentadora, as entidades às quais a Constituição outorgara imunidade tributária continuariam obrigadas a recolher as contribuições para a seguridade social. E o que é pior. Tratando-se de obrigação plenamente vinculada¹⁰⁶³, aos encarregados pelo recolhimento não competia senão exigir o pagamento do tributo, ainda que a isenção tivesse fundamento constitucional.

No seu voto, o Ministro Moreira Alves foi ao cerne da questão. Embora a Constituição deferisse imunidade tributária às associações de caráter beneficente, somente aquelas que “vierem a atender as exigências a ser estabelecidas em lei” poderiam gozar o benefício. Por isso mesmo, não havendo marco legal para definir-se quais eram os requisitos que permitiriam o usufruto da isenção constitucional, o relator sequer conhecia da impetração¹⁰⁶⁴.

Inaugurando o dissenso, o Ministro Marco Aurélio afirmou que, constatada a eficácia limitada do dispositivo constitucional em debate, a demandar regramento infraconstitucional por meio de lei ordinária, impunha-se que se desse “alcance à previsão relativa ao mandado de injunção”. Do contrário, a inscrição do instrumento no texto constitucional revelar-se-ia imprestável, sem qualquer utilidade prática¹⁰⁶⁵.

Somada a maioria a favor do conhecimento do *writ*, o Ministro Moreira Alves propôs então no mérito que, reconhecida a mora o Congresso Nacional, fosse assinalado ao Congresso Nacional o prazo de seis meses para que a norma constitucional garantidora da imunidade requerida fosse objeto de regulamentação infraconstitucional.

¹⁰⁶² Cf. art. 195, §7º, da Constituição Federal de 1988.

¹⁰⁶³ Cf. art. 3º do Código Tributário Nacional.

¹⁰⁶⁴ Cf. voto do Ministro Moreira Alves no MI nº. 232/RJ.

¹⁰⁶⁵ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio Mello no MI nº. 232/RJ.

Caso contrário, o autor da demanda passaria a gozar, inteiramente, da imunidade tributária outorgada pela Constituição¹⁰⁶⁶.

Sem dúvida, esse foi um passo mais ousado do Tribunal na direção de uma posição *concretista individual direta*, possivelmente a mais identificada com as idéias presentes no texto constitucional¹⁰⁶⁷. De fato, faz mais sentido dizer-se que a decisão no mandado de injunção cinge-se a remover o vácuo normativo entre as partes do litígio, do que propriamente estender essa normatividade *erga omnes*¹⁰⁶⁸.

Era um passo acanhado, é verdade, mas a direção que apontava não deixava dúvidas quanto ao caminho a ser seguido.

II.5.6.5.4.1.2.3 O Mandado de Injunção nº. 543/DF

Alargados os horizontes do mandado de injunção, restava consolidar a mudança na orientação jurisprudencial. Curiosamente, a oportunidade surgiu no julgamento da mesma questão que motivara a alteração do paradigma não concretista estabelecido pelo MI nº. 107: a indenização civil a militares perseguidos pelo Regime de 1964.

Passados nove anos, a lei regulamentadora da hipótese de indenização prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos militares proscritos seguiu como quimera legislativa. Novamente, o Supremo Tribunal Federal era instado a pronunciar-se sobre a questão. Desta feita, com a mora agravada por quase uma década de indiferença do legislador.

Relatando o MI nº. 543/DF, o Ministro Octávio Gallotti posicionou-se, a princípio, por idêntica solução à conferida ao julgamento do MI nº. 283/DF, ou seja, assegurar aos impetrantes a possibilidade de imediato exercício do direito a que alude a norma constitucional, desprezando-se a ausência de regulamentação por lei específica¹⁰⁶⁹.

Em aparte, o Ministro Carlos Velloso tocou numa questão profundamente sensível: dada a natureza do direito em questão, a esperar-se nova demanda judicial e futuro trânsito em julgado da decisão, “todos os interessados vão morrer” antes

¹⁰⁶⁶ STF – Pleno. MI nº. 232/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgado em 2.8.91, publicada no DJ de 27.3.92.

¹⁰⁶⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 754.

¹⁰⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 166-168.

¹⁰⁶⁹ Cf. voto do Ministro Octávio Gallotti no julgamento do MI nº. 543/DF.

que pudessem gozar da indenização a que faziam jus. “Por que”, perguntou-se o Ministro Carlos Velloso, “não rever a jurisprudência e fixarmos logo o *quantum* a ser pago?”¹⁰⁷⁰

De sua poltrona, o Ministro Marco Aurélio aderiu ao posicionamento do Ministro Carlos Velloso. Disse Sua Excelência que já se eram passados “doze anos, e não doze meses”, desde quando o constituinte ordenara ao Congresso que promulgasse a norma em questão. Não faria sentido submeter os autores da ação a nova *via crucis*, especialmente por não ser possível seccionar a competência para julgamento da matéria, competindo ao Supremo decidir sobre parte do pedido, mas reservando à justiça de primeiro grau “julgar aquela mais importante”, qual seja, a “fixação dos parâmetros indispensáveis ao exercício do direito assegurado constitucionalmente”. Por isso mesmo, impunha-se a “concentração”, isto é, “o julgamento deve ser único e implementado pelo Tribunal competente, o Supremo Tribunal Federal”¹⁰⁷¹.

Diante disso, o STF decidiu “assegurar, de plano, o direito à indenização, sem constituir em mora o Congresso Nacional, para, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, fixar o valor da indenização”¹⁰⁷².

Garantiu-se ao cidadão, assim, o gozo imediato do direito. Embora ainda tivesse de sujeitar-se a uma ação de liquidação de danos, seu direito já estava reconhecido pela decisão do STF. O entendimento segundo o qual, face à inexistência de norma regulamentadora, a previsão constitucional limitada aplicar-se-ia de modo indistinto a quem pleiteasse o reconhecimento do direito outorgado pela Carta de 1998 via mandado de injunção parecia consolidado.

II.5.6.5.4.1.2.4 O caso do direito de greve dos servidores públicos

Parecia.

Já neste milênio, o Supremo Tribunal Federal foi instado a pronunciar-se acerca de uma das mais graves omissões do Poder Legislativo no que se refere à regulamentação de direitos fundamentais estatuídos pela Carta de 1988. Trata-se, aqui, do *direito de greve dos servidores públicos*.

¹⁰⁷⁰ Cf. voto do Ministro Carlos Velloso no julgamento do MI nº. 543/DF.

¹⁰⁷¹ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio Mello no julgamento do MI nº. 543/DF.

¹⁰⁷² STF – Pleno. MI nº. 543/DF, Relator Octavio Galotti. Julgado em 26.10.00, publicada no DJ de 24.5.02. Nesse sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**, cit., p. 176.

Previsto desde o início na Constituição de 1988, o direito de greve dos integrantes das carreiras públicas sempre esteve a depender da aprovação de regulamentação a nível infraconstitucional: por lei complementar, de acordo com o texto original da Constituição; ou por lei específica (e, portanto, ordinária), após o advento da EC nº. 19/98. A mudança, aparentemente singela, tornou na prática muito mais fácil a regulamentação dos movimentos parestistas organizados por funcionários públicos. Se antes era necessária maioria absoluta¹⁰⁷³, agora bastava maioria simples para aprovação de um projeto¹⁰⁷⁴. Mesmo assim, passadas quase duas décadas da promulgação da Constituição e quase dez anos desde que esse dispositivo específico fora alterado, o Congresso Nacional furtou-se a aprovar qualquer projeto de lei que dispusesse sobre a matéria.

Foi então que a pauta do Supremo recebeu os MIs nºs. 670, 708 e 712. Através deles, o STF deu o passo definitivo na processo de transformação do mandado de injunção.

Durante o seu voto, o relator da ação, Ministro Eros Grau, assentou que se estava diante de norma constitucional de eficácia limitada¹⁰⁷⁵, cuja “aplicabilidade depende da edição de ato legislativo, requisito indispensável à plena concreção do preceito constitucional”. Todavia, de acordo com o Ministro Eros Grau, já era tempo de perguntar-se: “presta-se esta Corte, quando se trata da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia?” A seu ver, a resposta era negativa. De acordo com o relator, constituiria “poder-dever deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma reguladora faltante”. Com sugestão de alterações específicas, propôs o Ministro Eros Grau que se adotasse para a espécie o arcabouço normativo previsto na Lei nº. 7.783/89, que dispõe sobre o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada¹⁰⁷⁶.

Repare-se que, em princípio, a solução apontada pelo Ministro Eros Grau em relação ao direito de greve dos servidores públicos não se afastava – ou não se afastava *explicitamente* – da linha adotada pelo Supremo no julgamento do MI nº. 543/DF. À falta de norma regulamentadora, outorgava-se ao impetrante o direito previsto constitucionalmente, desprezando-se o vácuo legislativo operado pelo Congresso Nacional,

¹⁰⁷³ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 517.

¹⁰⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 712-713.

¹⁰⁷⁵ Utilizando-se, aqui, a clássica definição de José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 82.). No direito português, a essa espécie normativa dá-se a alcunha de norma constitucional não exequível por si própria (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, t. II, cit., p. 289-291).

¹⁰⁷⁶ Cf. voto do Ministro Eros Grau no MI nº. 712/PA.

pelo menos até que adviesse lei a regulamentar o preceito. Subentendia-se, portanto, que a aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados estaria restrita aos servidores públicos impetrantes dos mandados de injunção em julgamento.

Todavia, o Ministro Gilmar Mendes resolveu aprofundar os efeitos da proposta formulada pelo Ministro Eros Grau. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes dissecou a evolução da jurisprudência do STF em relação aos efeitos da decisão do mandado de injunção, para depois afirmar ser necessário a adoção de “uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que não é dado ao legislador escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina”¹⁰⁷⁷.

Seguiu-se, então, um acalorado debate entre os ministros sobre se a solução apontada no julgamento encerrava ou não atividade legiferante por parte do STF. De sua parte, o Ministro Eros Grau negou que o Supremo estivesse a legislar. Entrevendo as incongruências que eventualmente seriam apontadas com tal solução, a Ministra Ellen Gracie, então presidente da Corte, manifestou sua preocupação com a possibilidade de que o Supremo fosse chamado a arbitrar decisões políticas em “inúmeras matérias, árduas, polêmicas, impopulares”, o que acabaria por obrigar o Tribunal a “legislar sobre todas elas”. O Ministro Ayres Britto não se deu por achado. Para ele, “a pior das omissões é a nossa”, pois “não podemos responder a uma norma constitucional de eficácia limitada com uma decisão judicial de eficácia limitada”. Contra-argumentando, o Ministro Sepúlveda Pertence foi irônico: “Não mascaremos a coisa. Estamos aplicando uma lei que diz, expressamente, que não se aplica à greve dos servidores públicos. Poderíamos adotar a lei do Paraguai. Seria uma forma de legislar igualzinha a essa”¹⁰⁷⁸.

Era justamente essa a questão. Ausente norma a regular o direito de greve dos servidores públicos, não havia como “importar” pura e simplesmente o regramento vigente para o caso dos empregados da iniciativa privada. Por isso mesmo, o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto-vista, reconheceu ser possível que, “a pretexto de viabilizar o exercício de direito fundamental por parte de determinada pessoa ou grupo de pessoas”, pudesse o Supremo “adotar diploma normativo vigente aplicável a situação diversa”¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁷ Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes no MI nº. 712/PA.

¹⁰⁷⁸ Os trechos citados encontram-se nas notas taquigráficas do julgamento do MI nº. 712/PA.

¹⁰⁷⁹ Cf. voto do Ministro Ricardo Lewandowski no MI nº. 712/PA.

Fazendo ouvidos de mercador aos apelos do Ministro Lewandowski, o Supremo decidiu ao final aplicar, por analogia, as normas da lei de greve dos empregados privados aos servidores públicos. Mais que isso. Não só determinou o STF que as normas da Lei de Greve dos empregados privados se aplicaria às entidades autoras dos citados mandados de injunção como *estendeu seus efeitos a todos os empregados e servidores públicos*. Conforme assentou o relator em seu voto, “até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal”¹⁰⁸⁰.

Operou-se, assim, “uma dupla decisão substitutiva do legislador omissio”, porquanto o STF: i) substituiu-se quanto à regulamentação do regime de greve dos servidores públicos; e ii) substituiu-se quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção¹⁰⁸¹. Embora tenha consignado em obra escrita que “a possibilidade de o Tribunal editar uma regra geral, ao proferir a decisão sobre o mandado de injunção, encontraria insuperáveis obstáculos constitucionais”, como o princípio democrático e o da separação de poderes, o Ministro Gilmar Mendes foi um dos artífices da viragem jurisprudencial do STF¹⁰⁸².

Estava concluído, portanto, o processo de transição do Supremo Tribunal Federal no que toca ao mandado de injunção. De uma posição minimalista, espelhada pelo MI nº. 107/DF, na qual se negava qualquer poder ao Tribunal senão a notificação da mora ao ente legislativo omissio, alcançara-se seu exato oposto, uma posição claramente maximalista, atribuindo-se poderes legiferantes e conferindo eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF pela via injuncional. Com isso, o Supremo avocou-se, ainda que indiretamente, a tarefa de operar, provisória e subsidiariamente, a regulamentação de direitos ainda não concretizados pelo legislador, sempre que estiver configurada a mora legislativa inconstitucional¹⁰⁸³.

Trata-se, sem dúvida, de significativa mudança na diretriz até então seguida pelo Supremo no mandado de injunção. Agora, empresta-se à sua decisão efeitos constitutivo-declaratórios ou constitutivo-mandamentais, o que resulta, em maior ou menor

¹⁰⁸⁰ STF – Pleno. MI nº. 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 25.10.07, publicada no DJ de 30.10.08.

¹⁰⁸¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português**. Observatório da Jurisdição Constitucional, ano 5, p. 1-45. Brasília: IDP, 2011/2012, p. 346.

¹⁰⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 374.

¹⁰⁸³ RAMOS, Elival da Silva. Mandado de injunção e separação de poderes. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 246.

grau, “no oferecimento da disciplina normativa reclamada”¹⁰⁸⁴. Não se trata mais de simplesmente apelar ao legislador para que supra o vácuo normativo, mas, sim, de permitir que o STF substitua-o com a “edição (provisória) da norma em mora”¹⁰⁸⁵. Sob essa ótica, o mandado de injunção desenvolveria o papel de viabilizar a atuação excepcional do Poder Judiciário para conformar o espaço normativo deixado em branco pelo legislador ordinário¹⁰⁸⁶.

Contudo, essa mudança jurisprudencial deve ser tomada com prudência. Afinal, os intensos debates entre os ministros da corte quanto à atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão injuncional, além das ressalvas expressas da corrente majoritária quanto à excepcionalidade da medida, a reclamar análise tópica para cada omissão inconstitucional que se apresentasse *a posteriori*, tornam no mínimo duvidosa a “consolidação dessa nova viragem jurisprudencial”¹⁰⁸⁷.

II.5.6.5.5 Reclamação em mandado de injunção?

Estabelecida a possibilidade de normatização *ab novo* quanto ao direito de greve dos servidores públicos, era apenas uma questão de tempo até que o Supremo fosse colocado diante da seguinte questão: à vista da nova eficácia *erga omnes* conferida ao mandado de injunção, caberia reclamação contra decisão que a afrontasse?

Com efeito, ao emprestar eficácia geral à decisão proferida em mandado de injunção, assumindo, por conseguinte, função *paralegislativa*, o Supremo Tribunal Federal forçosamente se veria obrigado a admitir o ajuizamento de reclamações contra eventuais descumprimentos das decisões veiculadas através de mandados de injunção. Do contrário, a eficácia que se pretendia conferir à decisão se revelaria de todo inócua.

II.5.6.5.5.1 O caso da greve da Polícia Civil de São Paulo

A oportunidade para enfrentar essa questão surgiu quando os policiais civis do estado de São Paulo resolveram deflagrar movimento paredista pedindo aumento de salário e melhores condições de trabalho. A greve ocasionou o caos na maior metrópole

¹⁰⁸⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Mandado de injunção e separação de poderes**, cit., p. 244.

¹⁰⁸⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 344.

¹⁰⁸⁶ Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 166-168.

¹⁰⁸⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Mandado de injunção e separação de poderes**, cit., p. 247.

do país, a ponto de a população ficar literalmente trancada em suas residências após determinada hora, como se houvesse sido decretado toque de recolher.

Em pânico, o Governo de São Paulo ajuizou reclamação no Supremo Tribunal Federal, requerendo a suspensão da greve dos policiais civis. Discutia-se, no caso, a possibilidade de greve por parte dos policiais civis, para os quais a Constituição não veda – ou pelo menos não veda *explicitamente* – a possibilidade de greve, tal qual acontece com os policiais militares. Na ocasião, discutiu-se a “amplitude da decisão proferida no julgamento do Mandado de Injunção nº. 712”, para entender o Supremo, ao final, que “servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça e à saúde pública” estavam privados do direito de greve, dada a necessidade de “conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil”¹⁰⁸⁸. Arguia-se, assim, violação indireta ao que decidira o STF no julgamento dos MIs nºs. 670, 708 e 712, ao regulamentar o direito de greve para os servidores públicos em geral.

À partida, o caso tinha destino certo. Desde sempre o STF advertia que não caberia reclamação “quando utilizada para fazer prevalecer a jurisprudência desta Suprema Corte (ou para impor-lhe a observância), em situações nas quais os julgamentos do Tribunal não se revistam de eficácia vinculante”¹⁰⁸⁹. Em que pese a eficácia *erga omnes* conferida à decisão proferida nos citados mandados de injunção, o Supremo não outorgara eficácia vinculante ao *decisum*. Logo, não se poderia cogitar o emprego da via excepcional da reclamação, visto que os demais juízos do país não estavam jungidos ao que decidira o STF no julgamento do direito de greve dos servidores públicos.

Não foi o que pensou o relator do caso. O Ministro Eros Grau – coincidentemente o mesmo ministro que relatara os MIs nºs. 670, 708 e 712 – não só decidiu ser cabível a reclamação, como ainda acolheu a argumentação do Governo de São Paulo. Para o relator, “no voto em que proferi no julgamento do MI 712, afirmei que entre os serviços públicos há alguns que não podem deixar de ser prestados na sua totalidade”. A referência foi realizada em especial aos “grupos armados”. Para esse efeito, a Polícia Civil ocupa “posição análoga à dos militares, em relação aos quais a Constituição proíbe a greve”. Valendo-se de maneira duvidosa do precedente fixado no julgamento da Adin nº.

¹⁰⁸⁸ STF – Pleno. Rcl nº. 6.568/SP. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 21.5.09, publicada no DJ de 25.9.09.

¹⁰⁸⁹ Cf. decisão liminar do Ministro Celso de Mello na Rcl nº. 5.912/AL. Julgado em 5.11.08, publicada no DJ de 10.11.08.

3.395/DF¹⁰⁹⁰ para justificar o cabimento da reclamação, o Ministro Eros Grau conheceu e deu pela procedência do pedido, determinando a ilegalidade da greve dos policiais civis de São Paulo¹⁰⁹¹.

II.5.6.5.5.2 Panorama atual

Depois desse precedente, os ministros da Corte sentiram-se à vontade para afirmar claramente o cabimento da reclamação por descumprimento de decisão proferida em mandado de injunção.

No julgamento liminar de outra reclamação ajuizada posteriormente, o Ministro Gilmar Mendes fez constar, sem rodeios, que “os MIs n.ºs. 670, 708 e 712, que cuidaram do direito de greve dos servidores públicos, foram objeto de decisão de caráter normativo desta Corte, que em nada difere de decisões de mesmo matiz adotadas em ação direta de inconstitucionalidade ou de ação direta por omissão”. Por isso mesmo, o relator, “por entender que a adoção, por esta Corte, de decisão de viés normativo provisório e dotada de eficácia *erga omnes*, quando do julgamento dos MIs n.ºs. 670, 708 e 712, torna viável o ajuizamento de reclamação por alegada violação do conteúdo dos referidos acórdãos”¹⁰⁹².

Firmada a orientação, o cabimento da reclamação em mandado de injunção – nomeadamente no caso do direito de greve dos servidores públicos – tornou-se prática recorrente no Supremo Tribunal Federal, a tal ponto que os ministros da Corte passaram a decidir monocraticamente as reclamações que lhe eram levadas a conhecimento, sem sequer submeter o pedido liminar ao plenário do Tribunal¹⁰⁹³.

¹⁰⁹⁰ Nesse caso, o STF declarou a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional que alterara o art. 114 da Constituição Federal, para determinar que a Justiça do Trabalho teria competência para julgar dissídios entre servidores públicos e órgãos estatais. Nesse julgamento, decidiu-se que o processamento dessas causas deveria ocorrer na justiça comum estadual ou federal, conforme o caso (STF – Pleno. MC na Adin n.º. 3.395/DF. Relator: Ministro César Peluso. Julgado em 5.4.06, publicada no DJ de 10.11.06). O conhecimento da reclamação com base nesse precedente não faz sentido, pois o móvel da questão não era propriamente a competência do órgão judicial que processaria a demanda – Justiça do Trabalho ou Justiça Estadual –, mas, sim, se os policiais civis possuíam ou não direito a promover movimentos grevistas. O fundamento da impetração, portanto, eram os limites fixados pelo STF no julgamento dos MIs n.ºs. 670, 708 e 712.

¹⁰⁹¹ STF – Pleno. Rcl n.º. 6.568/SP. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 21.5.09, publicada no DJ de 24.9.09.

¹⁰⁹² Cf. decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes na Rcl. n.º. 17.358/DF. Julgada em 17.3.14, publicada no DJ de 20.3.14.

¹⁰⁹³ Cf., por exemplo, a Rcl. n.º. 17.735/GO. Relatora: Ministra Carmen Lúcia; a Rcl. n.º. 6.010/SE. Relatora: Ministra Ellen Gracie; e a Rcl. n.º. 16.423/PA. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

II.5.6.5.6 A função contemporânea do mandado de injunção

Em face desses precedentes, não seria exagero dizer que o mandado de injunção, originalmente uma ação constitucional de fiscalização concreta, assumiu outra feição, inteiramente diferente, passando a exibir traços de uma verdadeira ação de controle abstrato das omissões inconstitucionais¹⁰⁹⁴.

Não por acaso, o Supremo indeferiu o pedido de desistência formulado pelo impetrante antes da decisão final sobre o processo. Prevista em lei¹⁰⁹⁵, a impossibilidade de desistência decorre da própria natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas. Deflagrado o processo, este seguirá seu curso natural até a decisão final, seja de procedência ou de improcedência. Procede-se dessa maneira porque seria um contrassenso admitir que um dos legitimados a iniciar o processo de controle pudesse, posteriormente, desistir da demanda, como se cuidasse de algo à sua livre disposição, tal qual ocorre com um direito subjetivo. Do contrário, estar-se-ia legitimando uma forma transversa de impedir “que o Supremo Tribunal Federal apreciasse a questão que lhe fora anteriormente submetida”¹⁰⁹⁶.

Transportando para o mandado de injunção a mesma regra prevista para o controle abstrato de normas, o Ministro Eros Grau consignou ser “incabível o pedido de desistência formulado após o início do julgamento por esta Corte, quando a maioria dos ministros já havia se manifestado favoravelmente à concessão da medida”. Traçando um paralelo explícito com a Adin, o relator apontou que “o mandado de injunção coletivo, bem como a ação direta de inconstitucionalidade, não pode ser utilizado como meio de pressão sobre o Poder Judiciário ou qualquer entidade”¹⁰⁹⁷.

Na verdade, essa viragem jurisprudencial produzida pelo Supremo nada mais é do que reflexo de uma orientação que tem se tornado assustadoramente constante. Trata-se da idéia segundo a qual, “em certas situações no âmbito do sistema concreto de constitucionalidade, é plenamente justificável lhe estender algumas premissas que foram

¹⁰⁹⁴ Deve-se destacar que essa posição não é unânime na doutrina. Elival da Silva Ramos, por exemplo, contesta até mesmo a inclusão desse precedente como exemplo de ativismo judicial do Supremo, haja vista o suposto amparo que detém no texto constitucional e à vista do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Mesmo assim, Elival Ramos reconhece que essa posição é “menos favorável ao princípio da separação dos poderes” do que as demais, representando um impulso decisivo na direção de um maior ativismo da Corte (cf. RAMOS, Elival da Silva. **Mandado de injunção e separação de poderes**, cit., p. 247-248).

¹⁰⁹⁵ Art. 5º da Lei nº. 9.868/99.

¹⁰⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 156.

¹⁰⁹⁷ STF – Pleno. QO no MI nº. 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 15.10.07, publicada no DJ de 23.11.07.

criadas, mesmo sob fortes divergências, para o sistema abstrato”. Com isso, o mandado de injunção abandona a função original “de um instrumento propício para o exercício de discursos de adequação”, para se tornar um “instrumento para se debater a validade, a justificação da norma em um sentido genérico”¹⁰⁹⁸. E, exatamente por essa qualidade, torna-se viável o ajuizamento de reclamação para discutir-se eventual descumprimento a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na via injuncional.

Se havia alguma dúvida quanto ao processo de abstratização do mandado de injunção, com essa decisão o Supremo tratou logo de encerrá-la. Desempenha o mecanismo, agora, a função de controle abstrato das omissões legislativas inconstitucionais, com poderes inclusive superiores ao instrumento originalmente concebido pelo legislador constituinte originário para esse desiderato: a Adin por omissão.

II.5.7 O curioso caso do *habeas corpus*

II.5.7.1 Introdução

É certo que a criação dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral constituem tentativas de resposta do sistema jurídico a uma adversidade de ordem estrutural: a colossal quantidade de processos que chegam todos os anos ao Supremo Tribunal Federal. Ao longo do tempo, a comunidade jurídica apontava como maior responsável por essa situação um ajuste tácito entre o legislador ordinário – que permitia a existência de um rol infindável de recursos – e a classe dos advogados – que sempre insistiam em levar casos comuns e de pouca relevância às cortes superiores.

A crítica não é de todo despropositada. Legisladores e advogados de fato detêm grande parcela de culpa pela quantidade quase asfixiante de processos que desemboca no STF. Todavia, a responsabilidade pelo atual estado de coisas não repousa única e exclusivamente sobre eles. Curiosamente, enquanto o Supremo Tribunal Federal vê-se às voltas com mudanças legislativas visando a diminuir sua imensa carga de trabalho, de maneira paradoxal parece que a Corte dedica-se na mão contrária a aumentar a quantidade de processos que desagua ano a ano em seus escaninhos.

¹⁰⁹⁸ BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos de abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 272.

Conforme assinalado algures, o controle concreto de constitucionalidade pelo STF dá-se principalmente pela via incidental do recurso extraordinário. Instrumento por excelência para levar-se à Suprema Corte o conhecimento de questões constitucionais decididas por instâncias inferiores, o recurso extraordinário concentra a imensa maioria das hipóteses nas quais a compatibilidade de determinado texto legal é confrontada com o texto constitucional vigente.

Pese sua indiscutível primazia no que toca ao controle incidental de base difusa, o recurso extraordinário não tem sido a única via através da qual o Supremo Tribunal Federal pode sindicat inconstitucionalidades em casos concretos. Outro mecanismo largamente utilizado para desempenhar o mesmo papel encontra-se no remédio constitucional do *habeas corpus*.

II.5.7.2 *Habeas corpus* como instrumento de controle de constitucionalidade

II.5.7.2.1 Escorço histórico

Como se sabe, o *habeas corpus* foi previsto na *Magna Carta*, imposta ao Rei João Sem-Terra¹⁰⁹⁹. Trata-se de “um dos mais clássicos de todos os remédios constitucionais”¹¹⁰⁰. Embora remontasse ao Direito Romano, somente a partir da experiência inglesa o instrumento efetivamente ganhou corpo. Com o advento da XIV Emenda e sua inscrição no texto da Constituição da então nascente potência norte-americana, o *habeas corpus* passou a ser verdadeiramente difundido pelo mundo¹¹⁰¹.

No caso brasileiro, a primeira constituição a prever o instrumento de maneira expressa, alçando-o à categoria de direito individual do cidadão, foi a de 1891¹¹⁰². A partir de então, ele foi reproduzido em todas as cartas, salvo a de 1937, na qual foi suspenso, e durante a vigência do AI-5¹¹⁰³, para os casos de crime contra a segurança nacional¹¹⁰⁴. Na Constituição de 1988, o *habeas corpus* foi resgatado em sua plenitude, tornando-se um dos mais importantes instrumentos de defesa das liberdades do indivíduo.

¹⁰⁹⁹ FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 316.

¹¹⁰⁰ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 243.

¹¹⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Habeas corpus**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 18.

¹¹⁰² Cf. art. 72 da Constituição de 1891.

¹¹⁰³ O famigerado Ato Institucional nº. 5 vigorou por uma década, de 1968 a 1978. Sobre o tema, cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 441.

¹¹⁰⁴ FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 317.

Ação constitucional de natureza eminentemente penal¹¹⁰⁵, destina-se o remédio a garantir a liberdade de locomoção do indivíduo ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder estatal. Quando foi introduzido em nosso ordenamento, Rui Barbosa advogou a tese de que o remédio serviria para coibir qualquer “constrangimento arbitrário aos *direitos individuais*”¹¹⁰⁶. De outra banda, a doutrina tradicional renegava a ampliação do escopo do instrumento, circunscrevendo-o às hipóteses de verdadeira prisão ilegal¹¹⁰⁷. Prevaleceu, afinal, a posição intermediária, defendida por Pedro Lessa e Pontes de Miranda. O entendimento intermédio restringia o cabimento do *habeas corpus* aos casos de limitação indevida do direito de ir e vir, mas também entendia cabível seu manejo “para proteger direitos que tivessem na liberdade física condição necessária para seu gozo”¹¹⁰⁸.

O *habeas corpus*, portanto, expressa-se fundamentalmente na defesa de um mesmo direito (locomoção) em três dimensões: ir, vir e permanecer¹¹⁰⁹. Por isso mesmo, admite-se o *habeas corpus* em casos de violência real, coação de liberdade e mesmo contra a mera ameaça de praticar um mal destinado a violar o direito de ir e vir alheio¹¹¹⁰. No primeiro caso, teremos o *habeas corpus* liberatório; no segundo, o *habeas corpus* preventivo¹¹¹¹.

Embora esteja previsto no Código de Processo Penal no capítulo relativo aos recursos, não há maiores controvérsias quanto à sua natureza de ação¹¹¹². Trata-se de remédio constitucional dotado de “autonomia própria e de cunho mandamental”¹¹¹³. Ao contrário dos recursos em geral, que pressupõem a *litispendência*, isto é, a existência de um processo-base sobre o qual serão interpostos, o *habeas corpus* pode ser empregado mesmo quando não haja qualquer processo judicial, mas simplesmente a ameaça – real ou potencial – de que a liberdade de locomoção do sujeito pode ser cerceada¹¹¹⁴.

¹¹⁰⁵ Em casos excepcionais, o *habeas corpus* também pode ser utilizado em matéria cível. Isso ocorre nos únicos dois casos em que a própria Constituição autoriza a prisão civil por dívidas: nos débitos de natureza alimentícia e na hipótese do depositário infiel (art. 5º, inc. LXVII, CF/88). Todavia, trata-se de hipótese numericamente residual, com acentuada tendência de eliminação, principalmente após a edição da Súmula Vinculante nº. 25, a qual impede “a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. Sobre o tema, cf. CASTRO, Fábio Caprio Leite de. **Comentários sobre o habeas corpus na esfera cível**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/9726/comentarios-sobre-o-habeas-corpus-na-esfera-civil>. Acesso em 27 dez. 2017.

¹¹⁰⁶ FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. *Habeas Corpus*. In DIDIER JR., Freddie (org.). **Ações constitucionais**. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2008, p. 34.

¹¹⁰⁷ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 34.

¹¹⁰⁸ FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. *Op. Cit.*, p. 34.

¹¹⁰⁹ FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. *Op. Cit.*, p. 35.

¹¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.*, p. 35 e ss.

¹¹¹¹ FACHIN, Zulmar. *Op. Cit.*, p. 317.

¹¹¹² Nesse sentido, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.*, p. 22.

¹¹¹³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 443.

¹¹¹⁴ FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. *Op. Cit.*, p. 36.

O *habeas corpus* pode ser ajuizado por qualquer indivíduo, em defesa de interesse próprio ou alheio, ou pelo Ministério Público, independentemente de maiores formalidades¹¹¹⁵, podendo inclusive o autor ser pessoa analfabeta, desde que haja assinatura a rogo¹¹¹⁶. Não há sequer a necessidade de observância do *jus postulandi*, franqueando-se literalmente a qualquer pessoa o seu ajuizamento, dispensada inclusive a representação por advogado¹¹¹⁷; basta que a petição não seja apócrifa¹¹¹⁸. Seu beneficiário será sempre pessoa física, visto que o mal que visa a coibir não pode precipitar-se sobre pessoa jurídica¹¹¹⁹. Distingue-se das demais medidas cautelares penais na medida em que instaura um “procedimento célere, com pronta resposta em face da violação da liberdade de alguém”¹¹²⁰. Por isso mesmo, a ação de *habeas corpus* é gratuita e não se sujeita ao pagamento de custas judiciais, nem muito menos ao de honorários de sucumbência¹¹²¹. A garantia é de tal maneira ampla que apenas em uma única situação excepcionalíssima – a decretação de estado de sítio – pode-se suspender o recurso dos cidadãos a esse remédio¹¹²².

II.5.7.2.2 Competência do Supremo em matéria de *habeas corpus*

II.5.7.2.2.1 Foro especial por prerrogativa de função

De acordo com a Constituição Federal de 1988, ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar originariamente *habeas corpus* em duas ocasiões: i) quando o paciente ou a autoridade coatora forem o Presidente ou o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas, os membros do

¹¹¹⁵ MARQUES, José de Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. IV, p. 376.

¹¹¹⁶ A benevolência com a qual se interpreta essa garantia permite que se possa cogitar de *habeas corpus* protocolizados por “telegrama, radiograma ou telex, por telefone e reduzido a termo pela secretaria” e até mesmo sua “impetração pela via eletrônica do e-mail”(FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. Cit., p. 444).

¹¹¹⁷ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 243.

¹¹¹⁸ BARUFFINI, José Carlos Tosetti. Op. Cit., p. 140.

¹¹¹⁹ FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 318. Em sentido contrário, admitindo a possibilidade de ajuizamento de *habeas corpus* em favor de pessoa jurídica, cf. ROMANO, Rogério Tadeu. **A legitimidade ativa da pessoa jurídica no habeas corpus**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/39605/a-legitimidade-ativa-da-pessoa-juridica-no-habeas-corpus>. Acesso em 11 nov. 2016.

¹¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 22.

¹¹²¹ FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 320.

¹¹²² FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 323.

Congresso Nacional, os ministros de Estado ou o Procurador-Geral da República; ii) quando o coator for Tribunal Superior¹¹²³.

Em relação à primeira hipótese, não resta maiores controvérsias. Considerando que as autoridades em questão sujeitam-se à jurisdição penal do Supremo Tribunal Federal, é inevitável que também o Supremo seja responsável por fiscalizar os atos por elas praticados que venham a pôr em risco a liberdade individual alheia¹¹²⁴. De resto, não há outro foro senão o STF para garantir o direito de ir e vir a essas mesmas autoridades, quando forem elas próprias os pacientes sujeitos a indevida persecução estatal. É nisso, aliás, a que se reconduz o foro especial por prerrogativa de função, alcunhado de maneira imprópria por parte da população e da comunidade jurídica como “foro privilegiado”¹¹²⁵.

Considerando tratar-se de competência originária, disso resulta que somente dos processos criminais julgados originariamente por tribunais superiores poderiam derivar *habeas corpus* a serem julgados pelo STF. É o caso, v.g., de um Governador de Estado, cuja foro por prerrogativa de função impõe a competência originária do Superior Tribunal de Justiça¹¹²⁶. Se ocorresse alguma ilegalidade flagrante em seu processo, ele poderia valer-se do *habeas corpus* e socorrer-se do STF para eliminá-la. Operando-se o raciocínio inverso, pode-se deduzir que um cidadão comum, sem prerrogativa de foro, jamais deveria ter a possibilidade de ter um *habeas corpus* julgado pela Suprema Corte do país.

E nem se venha alegar eventual negativa de jurisdição por parte da Suprema Corte. Sem embargo da interdição de acesso pela via do *habeas corpus*, o cidadão prejudicado poderia sempre valer-se do recurso extraordinário para suscitar o debate da questão constitucional alegadamente violada pelo STF¹¹²⁷.

Observe-se um exemplo vulgar: o sujeito é denunciado por um crime qualquer. O juiz recebe a denúncia, transformando o acusado em réu. Em regra, deveria

¹¹²³ Cf. art. 102, inc. I, alíneas ‘d’ e ‘i’, da Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, cit., p. 567.

¹¹²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 72-75.

¹¹²⁵ A noção de foro por prerrogativa de função como “foro privilegiado” foi desmontada após o julgamento da Ação Penal nº. 470/DF, o famoso caso do “Mensalão”. Somente quando o caso foi julgado os réus deram-se de conta de que, ao contrário do cidadão comum, para quem militam em favor dezenas de recursos previstos no Código de Processo Penal, os cidadãos submetidos à jurisdição penal do STF não dispõem de qualquer outra instância para a qual recorrer. O julgamento do Supremo é definitivo. Logo, os réus ficam privados de uma das mais recorrentes táticas de defesa: protrair o trânsito em julgado até que a prescrição extinga a sua punibilidade.

¹¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 76.

¹¹²⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 227 e ss.

seguir-se a produção de provas, defesa e, ao final, uma sentença. Em caso de condenação, caberia apelação ao respectivo Tribunal de Justiça. Se houver alguma federal a ser discutida, poderia ser interposto o recurso especial, para levar o caso ao Superior Tribunal de Justiça. Se a violação debatida for de nível constitucional, o réu poderia interpor ainda recurso extraordinário para o STF. Logo, não há que se cogitar de negativa de jurisdição ao réu comum.

II.5.7.2.2.2 O cabimento no caso de Tribunal Superior como autoridade coatora

Em relação à segunda hipótese, no entanto, as dúvidas são de grande relevo. Dado que a Constituição determina que o Supremo julgará os *habeas corpus* quando a autoridade coatora for Tribunal Superior¹¹²⁸, parece evidente que somente nos casos em que houver persecução penal originária por parte desses tribunais estaria o STF autorizado a investigar seus atos coatores. Todavia, não é bem isso o que ocorre na prática.

Valendo-se da sagacidade da classe advocatícia e de uma prática jurisprudencial permissiva, o Supremo tornou-se virtualmente o estuário de todo e qualquer *habeas corpus* impetrado no Brasil. Servindo-se do “garantismo” dos tribunais e de uma certa leniência dos julgadores em não contestar uma situação esdrúxula pelo simples fato de estar “consolidado o entendimento”, o processo penal deixou de obedecer a uma lógica simples de “decisão-recurso” para transformar-se em um festival de *habeas corpus* impetrados sucessivamente em “cascata”¹¹²⁹. Não importa se o cidadão dispõe ou não de foro por prerrogativa de função. Seu *habeas corpus* terá um só destino: o Supremo Tribunal Federal.

Mas como isso ocorre?

Imagine-se, por exemplo, um sujeito submetido a inquérito pela Polícia Federal. Por identificar ilegalidades na investigação, o investigado impetra *habeas corpus* perante o poder judiciário federal local. Se a ordem for denegada, competiria à parte interpor recurso em sentido estrito perante o Tribunal Regional Federal correspondente¹¹³⁰.

¹¹²⁸ Embora a Constituição não os mencione expressamente, somente dois tribunais superiores dispõem de competência em matéria penal: o Superior Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal Militar. A distinção entre ambos, nesse particular, reside fundamentalmente na competência restrita deste último para julgar os crimes militares próprios (cf. art. 105, inc. I, 123 e 124 da Constituição Federal de 1988). Sobre o tema, cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 589.

¹¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 57.

¹¹³⁰ Cf. art. 581, inc. X, do Código de Processo Penal. Nesse sentido, cf. HETSPER, Rafael Vargas. **O remédio do momento: habeas corpus**. Disponível em

Ao invés de proceder dessa forma, a parte apresenta novo *habeas corpus*, dessa feita perante o próprio TRF. A idéia, claro, é abreviar a apreciação do pedido e atalhar a tortuosa via recursal, vez que o *habeas corpus* tem julgamento prioritário sobre qualquer outra causa.

Em princípio, seria o caso de denegação liminar da ordem. Visto que o cidadão investigado não dispõe de foro por prerrogativa de função para ser julgado por um Tribunal Regional Federal¹¹³¹, a Corte não teria sequer competência para processar o remédio. Na prática, contudo, o Tribunal conhece do pedido, ainda que seja para rejeitá-lo. Abre-se, assim, a via processual para alcançar-se o Superior Tribunal de Justiça, através da impetração de novo *habeas corpus*.

Novamente, ter-se-ia aqui hipótese de rejeição liminar da impetração. Afinal, somente poderia processar o *habeas corpus* se o cidadão estivesse sendo julgado originariamente pelo Tribunal Regional Federal. Todavia, ao invés de proceder dessa maneira, o STJ recebe o *habeas corpus* e julga-o. Mesmo que a decisão final seja pelo indeferimento da ordem, a deformação já se instalou. Um sujeito sem prerrogativa de foro terá seu HC julgado pela mais alta corte do país em matéria de interpretação de lei federal. Daí para consolidar de vez a deformidade, resta apenas mais um passo.

Com a denegação da ordem pelo Superior Tribunal de Justiça, o sujeito impetra um novo *habeas corpus*. Dessa vez, atacando a decisão do STJ no Supremo Tribunal Federal. E assim, como um passe de mágica, de *habeas corpus* em *habeas corpus*, produz-se a bizarra situação que permite a um cidadão sem foro por prerrogativa de função ter um HC julgado pelo STF¹¹³².

E isso não é o pior. Supondo-se que a decisão do remédio constitucional seja desfavorável ao réu, nada impede que ele venha a percorrer o curso natural do processo e desemboque no STF novamente para julgar sua causa. Uma vez que ele sequer foi sequer julgado pelo juízo de 1º grau em seu mérito, muito menos pelo tribunal correspondente, o sentenciado pode muito bem interpor recursos sucessivos até alcançar a mais alta corte do país. Com isso, materializa-se a seguinte incongruência: por via transversa, o Supremo Tribunal Federal é levado a julgar por duas vezes o mesmo caso;

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=2272. Acesso em 24 abr. 2017.

¹¹³¹ Como ocorre, por exemplo, com os Procuradores da República e os magistrados federais.

¹¹³² Cf., por exemplo, STF – I Turma. HC nº. 105.613/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 13.12.11, publicada no DJ de 14.2.12.

uma, por via de *habeas corpus*; outra, por meio de recurso extraordinário. Disso resulta, pois, uma “dupla análise do mesmo caso pelas Cortes Superiores”¹¹³³.

II.5.7.2.2.3 A desvirtuação da competência restrita do Supremo em *habeas corpus*

Como se vê, a impetração sucessiva de *habeas corpus* para alcançar o STF dá-se através de práxis processual enviesada, permitindo a todo e qualquer cidadão ter sua causa processada perante a mais alta corte do país, mesmo que não milite em seu favor qualquer modalidade de foro especial por prerrogativa de função. Essa “estranha mecânica” tem permitido ao Supremo transformar o que antes era um remédio constitucional em verdadeiro instrumento de controle de constitucionalidade¹¹³⁴. No limite, pode-se recorrer a ele até mesmo para discutir os critérios de fixação da pena no caso concreto¹¹³⁵.

A rigor, a atuação do Supremo Tribunal Federal na excepcional via desse remédio constitucional só teria lugar quando as autoridades coatoras estivessem submetidas à sua jurisdição penal ou, quando muito, para esquadrihar atos ilegais praticados por tribunais superiores em sede de investigação penal originária. Desde há muito o próprio Supremo pacificou que, em matéria de foro por prerrogativa de função, a competência das Cortes engloba não somente o processo penal em si mesmo, mas também a fase apuratória de natureza pré-processual (inquérito policial)¹¹³⁶. Logo, somente nos casos em que o presidente do inquérito fosse ministro de Tribunal Superior seria cabível a impetração de *habeas corpus*¹¹³⁷. Visto não ser isso o que ocorre na prática, pode-se concluir que, em matéria de *habeas corpus*, a Corte não faz distinção entre o Presidente da República e o cidadão comum: *todos* têm direito a serem julgados pelo STF.

Assustadoramente, a maior parte da doutrina e a quase totalidade da jurisprudência brasileira aceitam de maneira acrítica essa tese ampliativa quanto ao

¹¹³³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 179.

¹¹³⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 405.

¹¹³⁵ Admitindo o *habeas corpus* como “instrumento idôneo para o questionamento do cálculo da pena”, cf. STF – II Turma. RHC nº. 88.288/MS. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 2.5.06, publicada no DJ de 19.5.06.

¹¹³⁶ Nesse sentido, cf. STF – II Turma. Rcl. nº. 2349/TO. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 10.3.04, publicada no DJ de 5.8.05.

¹¹³⁷ É o que ocorre, por exemplo, no próprio STF, cujo regimento prevê expressamente competir ao relator sorteado presidir o inquérito criminal aberto por solicitação do Procurador-Geral da República (cf. art. 21, inc. XV, do RISTF).

cabimento do *habeas corpus*¹¹³⁸. Os poucos constitucionalistas que devotam atenção ao problema limitam-se a fundamentar o cabimento do remédio constitucional com base em um confronto comparativo entre o texto constitucional atual e o precedente, no qual se dispunha ser vedada a hipótese de *habeas corpus* originário no Supremo Tribunal Federal quando cabível a interposição de recurso ordinário constitucional¹¹³⁹. Como a Carta de 1988 não detalha semelhante restrição, a apresentação de *habeas corpus* diretamente no STF não estaria sujeita a qualquer tipo de restrição.

À toda evidência, a deturpação resultante desse entendimento é manifesta. Quando toda e qualquer pessoa pode alcançar o Supremo Tribunal Federal através da impetração sucessiva de *habeas corpus*, não é inusitado concluir que esse remédio constitucional passou a desempenhar função paralela ao recurso extraordinário, com o beneplácito da própria Corte¹¹⁴⁰. Ao invés de a parte submeter-se à interposição de vários recursos até finalmente esgotar as instâncias ordinárias e, assim, poder interpor um recurso extraordinário, o paciente apresenta uma sequência preordenada de *habeas corpus*, cuja prioridade de tramitação é ínsita, alcançando idêntico resultado: levar a causa ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

A alternativa torna-se ainda mais atraente quando se verifica que o *habeas corpus* não se submete a quaisquer dos estritos requisitos estabelecidos para o recurso extraordinário. Não há necessidade de prequestionamento, tampouco de esgotamento das vias ordinárias, muito menos de pagamento de custas recursais. Não há sequer necessidade de regular representação processual, visto que o *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, ainda que não seja advogado. Não espanta, portanto, que essa tenha se tornado a via processual preferencial para quem quer discutir constitucionalidade de leis, quando estiver em jogo matéria afeita ao Direito Penal¹¹⁴¹.

¹¹³⁸ Ignoram essa problemática, por exemplo, Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 466 e ss.), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 346), Zulmar Fachin (FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 316 e ss.), Walber de Moura Agra (AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 590-594) e J. J. Gomes Canotilho (CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 472-476).

¹¹³⁹ Cf. art. 119, inc. II, alínea 'c', da Constituição de 1967/69. Nesse sentido, cf. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 360.

¹¹⁴⁰ Pois, como já decidiu o Supremo em mais de uma oportunidade, “não impede a impetração do *habeas corpus* a admissibilidade de recurso ordinário ou extraordinário da decisão impugnada, nem a efetiva interposição deles” (STF – I Turma. HC nº. 85.673/PA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 31.5.05, publicada no DJ de 24.6.05). No mesmo sentido, cf. STF – I Turma. HC nº. 97.501/RJ. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 18.8.09, publicada no DJ de 23.5.11.

¹¹⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 179.

Conclui-se, pois, que, ao lado dos instrumentos ordinários de controle de constitucionalidade concreto, há agora mais um: o *habeas corpus*.

II.5.7.2.2.4 O caso do HC nº. 82.959/SP

Exemplo mais gritante dessa nova modalidade de controle de constitucionalidade incidental ocorreu no julgamento do HC nº. 82.959/SP.

Consoante determina o texto constitucional, incumbia ao legislador ordinário estabelecer um rol de crimes denominados “hediondos”¹¹⁴². Ao lado da tortura, do terrorismo e do tráfico ilícito de entorpecentes, tais crimes seriam insusceptíveis de fiança, graça ou anistia¹¹⁴³.

Em obediência ao comando da Constituição, o legislador promulgou a Lei nº. 8.072/90, a definir quais tipos seriam tidos como hediondos, assim como regular sua tramitação processual. Além de aumentar a pena de diversos delitos, o legislador após na lei uma severa restrição para os condenados nesse gênero de crime: a pena deveria ser cumprida integralmente em regime fechado¹¹⁴⁴. É dizer: ao contrário dos infratores, digamos, “comuns”, que transitam no sistema penitenciário entre três regimes – fechado, semi-aberto e aberto¹¹⁴⁵ –, os criminosos hediondos teriam de cumprir suas penas inteiramente em penitenciárias de segurança máxima, sem direito a progredir para os regimes menos gravosos.

O dispositivo era aplicado sem maiores ressalvas, até o dia em que um preso de São Paulo conseguiu levar até o Supremo Tribunal Federal seu caso particular. Condenado a doze anos e três meses de reclusão por molestar sexualmente crianças de seis a oito anos, o sentenciado alegava que a vedação à progressão de regime reconduzir-se-ia à

¹¹⁴² A denominação de “hediondo” a determinados crimes foi criticada desde sempre pela doutrina. Como o próprio vocábulo insinua, “hediondo” seria aquilo que provoca repulsa moral, horror, características inerentes a todo e qualquer delito. Logo, seria estranho estabelecer um rol de crimes hediondos por permitir a conclusão, *a contrario sensu*, de que há crimes que não provocam semelhante repulsa. Na verdade, a vagueza do termo sequer permite diferenciar os delitos quanto à sua gravidade objetiva ou mesmo o modo de execução do crime. Resta-nos, portanto, aceitar resignadamente que a definição de hediondo não obedecerá qualquer “critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador” (FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 95-96).

¹¹⁴³ Cf. art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁴⁴ Cf. redação original do §1º, do art. 2º, da Lei nº. 8.072/90.

¹¹⁴⁵ Regime fechado é aquele cumprido em prisão de segurança máxima, em isolamento, sem que o preso tenha qualquer direito de sair da penitenciária. O regime semi-aberto é cumprido em colônia penal agrícola ou industrial, possibilitando ao condenado trabalhar durante o dia e recolher-se somente durante a noite. Já o regime aberto é cumprido nas chamadas Casas de Albergado, podendo o sentenciado trabalhar fora durante o dia, recolhendo-se somente para dormir à noite e nos finais de semana. Para a definição, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 95.

imposição de pena cruel e desumana, natureza de sanção vedada pela Constituição¹¹⁴⁶. Ademais, ao determinar-se de maneira indiscriminada a vedação de progressão de regime, o legislador teria malferido o direito à individualização da pena, garantia fundamental do cidadão¹¹⁴⁷.

Do lado contrário, argumentava-se que não havia qualquer violação à Constituição ao estabelecer-se a ausência de progressão de regime. Duas eram as razões alegadas. Em primeiro lugar, a natureza da pena não seria de modo algum afetada pela imposição do regime integralmente fechado. Ou cumprir-se a pena em regime fechado seria algo por si só cruel e desumano, e, por conseguinte, qualquer pena cumprida nesse sistema seria banida pela Constituição; ou então não haveria qualquer violação ao texto constitucional, não podendo assim qualificar-se somente pela imposição de que toda a pena será cumprida nesse tipo de regime. Em segundo lugar, não haveria de falar-se em ofensa ao princípio da individualização da pena, haja vista que o regime no qual ela vai ser cumprida nada tem a ver com o tempo de prisão ao qual o réu foi sentenciado. Com efeito, a individualização diz respeito à quantidade de pena aplicada aos diferentes réus, de acordo com o preceito determinado em lei e a aferição particular de suas respectivas culpabilidades. Assim é que um réu pode ser condenado por um homicídio qualificado a doze anos de cadeia, enquanto outro, tendo praticado o mesmo delito, pode ser condenado a vinte anos de prisão. Na verdade, antes de malferi-la, a vedação à progressão de regime militar em favor da individualização, visto que seria deveras injusto estabelecer tratamento igual a réus condenados em duas variedades de delito diferentes (comuns e hediondos). A isonomia, recorde-se, consiste em tratar de maneira igual os iguais, e desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade.

Em decisão tomada por estreita maioria (6x5), o Supremo Tribunal Federal entendeu que o dispositivo em questão violava de fato o princípio da individualização das penas, declarando, assim, a inconstitucionalidade dessa disposição. Concedeu-se, portanto, a ordem mandamental, para que o juízo das execuções penais de São Paulo aferisse se o réu preenchia os requisitos necessários à progressão de regime¹¹⁴⁸.

II.5.7.3 A Reclamação nº. 4.335/AC

¹¹⁴⁶ Cf. art. 5º, inc. XLVII, da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁴⁷ Cf. art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁴⁸ STF – Pleno. HC nº. 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 23.2.06, publicada no DJ de 1º.9.06.

Em que pese a decisão sobre a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos, a estabelecer o cumprimento integral da pena em regime fechado, ter sido tomada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, não havia muitas dúvidas de que seus efeitos beneficiariam apenas o paciente que impetrara o *habeas corpus*. Como se sabe, o recurso extraordinário, como meio concreto e incidental de controle de constitucionalidade, vincula apenas as partes do processo. Os efeitos da decisão não extrapolam os limites da lide, como ocorre no controle abstrato, no qual a decisão do STF possui eficácia vinculante e *erga omnes*¹¹⁴⁹. E se essa conclusão é válida para o recurso extraordinário, com mais razão deve sê-lo para o *habeas corpus*, visto que este remédio constitucional sequer constitui instrumento destinado originariamente ao controle incidental da constitucionalidade de normas. Não foi, contudo, o que ocorreu no caso.

Declarada inconstitucional a vedação à progressão de regimes, um preso do Acre ajuizou reclamação diretamente no STF. Nesse processo, alegou-se que o magistrado responsável pelas execuções penais negara a progressão ao réu condenado por crime hediondo. No entender do reclamante, essa decisão confrontava aquela tomada pela Corte no HC nº. 82.959/SP. Tombada sob o número 4.335/AC, essa reclamação representaria uma verdadeira guinada ideológica no pensamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance de suas decisões¹¹⁵⁰.

Parece claro que o caso reclamava o indeferimento liminar da reclamação constitucional. Como só se pode atalhar a tortuosa via do controle concreto se, antes, houver a prolação de uma decisão com efeitos vinculantes e *erga omnes* – ou seja, decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade – não seria possível invocar um eventual descumprimento de decisão do STF, uma vez que o julgado no HC nº. 82.959/SP dizia respeito unicamente às partes desse processo¹¹⁵¹. Até então, prevalecia a noção de vinculatividade estrita das decisões tomadas em controle concreto – pondo-se de lado, por ora, a possibilidade de o *habeas corpus* operar para este fim. Para parte da doutrina, todavia, embora o sistema brasileiro tivesse mantido a coexistência dos sistemas abstrato e concreto, não haveria qualquer distinção ontológica entre ambos¹¹⁵². Para essa corrente, mesmo sendo certo que no controle abstrato a inquirição de constitucionalidade

¹¹⁴⁹ BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 584.

¹¹⁵⁰ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit., p. 429.

¹¹⁵¹ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 87-89.

¹¹⁵² TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 285.

constitui questão *principal* da lide, e, no controle concreto, a matéria constitucional é meramente *prejudicial*, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em um e em outro processo seriam rigorosamente as mesmas¹¹⁵³.

II.5.7.3.1 A redefinição do papel do Senado Federal

Todavia, o relator, Ministro Gilmar Mendes, desenvolveu argumentação no sentido de que os efeitos da decisão proferida pelo STF em controle concreto deveriam ser os mesmos das decisões proferidas em sede de controle abstrato. Segundo Gilmar Mendes, as reclamações seriam sempre cabíveis quando houver “prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do Supremo Tribunal Federal”¹¹⁵⁴. Não haveria, portanto, razão em distinguir-se os efeitos de uma modalidade de controle dos da outra. De acordo com seu entendimento, o Supremo deixara de ser “Tribunal de prestação de justiça às partes para assumir o papel decisivo de intérprete da Constituição nas suas múltiplas dimensões”¹¹⁵⁵.

Seguindo o voto do relator, o Ministro Eros Grau levou esse entendimento às raias do paroxismo, ao afirmar que “passamos em verdade de um texto [pelo qual] *compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*” para outro texto, segundo o qual “*compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo*”¹¹⁵⁶.

A comunidade jurídica foi tomada de assombro. O STF arrogara-se o direito de “reescrever” o texto constitucional para reduzir o papel do Senado Federal ao de uma “secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal”¹¹⁵⁷. Em outras palavras: retirou-se-lhe o poder de cancelar as decisões do STF, conferindo-lhes efeitos *erga omnes* e reduziu-se-o a um mero “órgão de imprensa”¹¹⁵⁸.

¹¹⁵³ TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, cit., p. 285.

¹¹⁵⁴ Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes na Rcl nº. 4.335/AC.

¹¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e jurisdição constitucional**, cit., p. 114.

¹¹⁵⁶ Trecho do voto do Ministro Eros Grau na Reclamação nº. 4.335/AC. Itálicos do original.

¹¹⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz; CATTONI, Marcelo Andrade; LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912 Acesso em 17 set. 2015. Op. cit., p. 5.

¹¹⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz; CATTONI, Marcelo Andrade; LIMA, Martônio Mont'alverne. Op. cit., p. 5.

Na mesma linha, o Ministro Joaquim Barbosa atentou para os riscos de semelhante decisão por parte do Tribunal. De acordo com ele, o que se estava operando era a “supressão de uma competência do Legislativo, competência essa que vem sendo exercida”. Ao fim e ao cabo, o STF estaria a “tornar letra morta um dispositivo da Constituição que vem sendo aplicado”¹¹⁵⁹.

Há, no entanto, quem defenda o contrário. Vozes autorizadas na doutrina afirmam que o dispositivo previsto no inciso X do art. 52 da CF/88 “tornou-se um anacronismo”¹¹⁶⁰. Em respeito ao princípio da economia processual, não faria sentido “obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!”¹¹⁶¹.

O fato é que, por essa linha de raciocínio, o inciso X do art. 52 da Constituição Federal de 1988 passaria a vagar como um zumbi, uma norma semi-viva. Com efeito, quando se pretende estender ao controle concreto os mesmos efeitos das decisões proferidas em controle abstrato, “cai por terra a própria diferença” entre ambos¹¹⁶². Desnecessário seria, portanto, cogitar a possibilidade de o Senado estender efeitos que o STF, por si só, já produzira.

II.5.7.3.2 A controvérsia no julgamento

Foi exatamente o que percebeu o Ministro Marco Aurélio. Visto que o ordenamento brasileira consagra duas modalidades de fiscalização de constitucionalidade – concreta e abstrata –, indagou-se o Ministro Marco Aurélio se “podemos estender ao controle difuso a eficácia *erga omnes*?” Sancionando essa posição, estaria o Supremo “embaralhando os dois controles e a eles dando a mesma consequência jurídico-constitucional”. Eis porque não se poderia cogitar de mutação constitucional no caso, preservando-se a dualidade de fiscalização presente no sistema brasileiro¹¹⁶³.

Nesse contexto, a conclusão inescapável era a de que o art. 52, inc. X, da Constituição Federal de 1988 continuava tão vigente quanto dantes. Dentre as inúmeras reformas constitucionais pelas quais o Brasil passou, em quase uma centena de

¹¹⁵⁹ Cf. voto do Ministro Joaquim Barbosa na Rcl. nº. 4.335/AC.

¹¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 130-131.

¹¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 130.

¹¹⁶² STRECK, Lênio Luiz; CATTONI, Marcelo Andrade; LIMA, Martônio Mont'alverne. Op. cit., p. 5.

¹¹⁶³ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio na Rcl. nº. 4.335/AC.

emendas¹¹⁶⁴, nenhuma delas cuidou de tratar de alteração funcional ou mesmo da abolição das resoluções do Senado Federal. Constatando-se que se trata de norma contida no texto original da Constituição, é difícil imaginar que se possa simplesmente dá-la como não escrita, ou defender uma improvável mutação constitucional que tenha reduzido o Senado ao papel de mero divulgador das decisões do STF¹¹⁶⁵.

Talvez pensando nisso, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vistas do processo. Ao devolvê-lo, assentou Sua Excelência a marcada diferença entre ambos os tipos de controle de constitucionalidade, a depor contra a possibilidade do emprego da reclamação para casos em que o Supremo tenha decidido a matéria *incidenter tantum*. Ademais, asseverou o Ministro Lewandowski, a interpretação proposta pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau conduziria a “significativo aviltamento” do Senado Federal, ao reduzi-lo ao papel de “mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal”. Essa *capitis diminutio* terminaria por “suprimir competências de um Poder de Estado” e, dessa forma, “colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos”. Por isso, o ministro negava conhecimento à reclamação, mas concedia a ordem *ex officio*, para fins de determinar a análise do pedido de progressão de regime do paciente¹¹⁶⁶.

II.5.7.3.3 A solução do Ministro Teori Zavascki

O julgamento foi novamente interrompido, dessa vez por pedido de vistas do Ministro Teori Zavascki. Em seu voto, o Ministro Teori elaborou longo histórico a respeito da evolução do sistema de precedentes judiciais no Brasil, para afirmar que a negativa de adesão das instâncias ordinárias aos entendimentos firmados pelo STF, seja em controle concreto, seja em controle abstrato, “importará, em maior ou menor intensidade, ofensa à autoridade das decisões da Suprema Corte”. Isso levaria, “numa interpretação radical”, à conclusão de que qualquer prejudicado poderia “intentar perante a Corte a ação de reclamação”. Entretanto, “tudo recomenda que se confira interpretação estrita a essa competência”. Do contrário, o Supremo seria transformado “em verdadeira Corte

¹¹⁶⁴ A prodigalidade do legislador constituinte derivado é de tal maneira embaraçosa que é difícil defender no além-mar que a Constituição de 1988 seja formalmente rígida. Tão inusitada é a rigidez que não resiste a alguns meses sem que haja uma mudança constitucional que o Prof. Blanco de Moraes, por exemplo, não hesita em classificar o texto brasileiro como uma constituição apenas “nominalmente rígida” (MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 404).

¹¹⁶⁵ Para uma crítica a esse entendimento, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 88.

¹¹⁶⁶ Cf. voto do Ministro Ricardo Lewandowski na citada Rcl nº. 4.335/AC.

executiva, suprimindo instâncias locais e atraindo competências próprias das instâncias ordinárias”¹¹⁶⁷.

Para não exacerbar as hipóteses de cabimento da reclamação e, ao mesmo tempo, garantir ao Supremo a possibilidade de julgar o caso concreto, o Ministro Teori saiu-se com uma engenhosa construção. Como, após o julgamento do caso, houve a superveniência da Súmula Vinculante nº. 26¹¹⁶⁸, a reclamação que inicialmente não era cabível tornou-se conhecível. Assim, o Ministro conheceu da reclamação e julgou-a procedente, face ao advento de súmula vinculante a dispor sobre a matéria. O Tribunal, afinal, seguiu o entendimento do Ministro Teori Zavascki, conhecendo da reclamação e julgando-a procedente, por violação à Súmula Vinculante nº. 26¹¹⁶⁹.

Trata-se de resultado de discutível fundamentação teórica, visto não se conceber que o juízo reclamado tenha desrespeitado uma súmula vinculante que sequer existia ao tempo da reclamação. Verdadeiramente, o Supremo Tribunal Federal acabou por desviar-se da questão de fundo. O advento de súmula vinculante com conteúdo idêntico à da decisão proferida no HC nº. 82.959/SP sepultou a discussão sobre o cabimento da reclamação e, por conseguinte, sobre os efeitos advindos das decisões prolatadas pela Corte em controle concreto.

A dúvida sobre a questão, portanto, remanesce.

II.5.7.4 A controvérsia quanto à execução da pena de condenados em 2º grau

II.5.7.4.1 Primeiro entendimento

Mas a discussão acerca dos efeitos da decisão prolatada em sede de controle concreto pelo Supremo Tribunal Federal não foi mais relevante do que aquela relacionada à possibilidade de execução da pena de réus condenados em segundo grau de jurisdição.

¹¹⁶⁷ Cf. voto do Ministro Teori Zavascki na citada Rcl nº. 4.335/AC.

¹¹⁶⁸ “Súmula Vinculante 26 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

¹¹⁶⁹ STF – Pleno. Rcl. Nº. 4.335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 21.3.14, publicada no DJ de 22.10.14.

De acordo com o texto constitucional, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹¹⁷⁰. A garantia da presunção de inocência – ou, mais corretamente, da *não culpabilidade* – constitui baluarte de qualquer Estado Democrático de Direito¹¹⁷¹. Não se pode, a pretexto de punir responsáveis pelo cometimento de delitos, ter-se como culpado o cidadão acusado antes de decisão definitiva do Poder Judiciário acerca de sua responsabilidade penal. E o ônus da prova, todos sabem, recai sobre a acusação, não sobre a defesa¹¹⁷².

Até aí, nada de mais. A ninguém ocorre contestar a validade normativa desse princípio, muito menos discutir se ele encerra regra axiológica de conteúdo determinado. É evidente que nenhuma democracia digna do nome pode prescindir de uma garantia de tal ordem, sem a qual a margem para o arbítrio estatal restará demasiadamente alargada.

Persiste, no entanto, uma questão: em qual momento desaparece a presunção de não culpabilidade do cidadão? Ou, de forma mais clara, a *partir de que momento processual* o Estado pode licitamente impor ao réu a execução da pena para a qual foi condenado?

Foi diante dessas questões que o Supremo Tribunal Federal foi colocado.

No ano de 2009, um paciente das Minas Gerais arguiu que a prisão para execução de sua pena só poderia dar-se após esgotarem-se por completo todas as alternativas recursais postas pelo ordenamento à sua disposição. Em outras palavras, isso significa dizer que, enquanto houvesse qualquer tipo de recurso da qual pudesse se valer, seu encarceramento pelo Estado seria ilegal. Através da mesma via torta acima dissecada, o caso chegou ao STF.

O argumento não era de todo desprezível. Afinal, só há no país duas variantes de encarceramento previstos na legislação penal: a prisão cautelar e a chamada prisão do condenado em definitivo¹¹⁷³. No primeiro caso, a detenção revela natureza cautelar. Justifica-se a prisão antes mesmo de formada a culpa do réu – e não raro antes mesmo de proposta a denúncia pelo Ministério Público – em nome de garantias que vão além do interesse individual do acusado. Mitiga-se a presunção de não culpabilidade para assegurar a regular constituição do próprio processo no qual será apurada a sua

¹¹⁷⁰ Cf. art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁷¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 232.

¹¹⁷² MARQUES, Bruno Pereira. **O ônus da prova no processo penal: afinal, deve o réu provar algo?** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=476026eb231804b2>. Acesso em 19 mai. 2016, p. 14.

¹¹⁷³ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 236-237.

responsabilidade¹¹⁷⁴. Daí, por exemplo, a prisão de réus que ameaçam testemunhas (conveniência da instrução criminal) e daqueles que pretendem evadir-se do país para escaparem do cárcere (assegurar a aplicação da lei penal)¹¹⁷⁵. No segundo caso, a prisão não tem qualquer relação com o processo penal. Trata-se, tão-somente, de fazer com que o réu cumpra aquilo que foi decidido e, assim, pague com a privação de sua liberdade pelos crimes que cometeu¹¹⁷⁶.

Relatando o caso, o Ministro Eros Grau analisou a questão sob dois prismas. Primeiro, sob a ótica da Lei Processual Penal, de acordo com a qual “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”¹¹⁷⁷. Segundo, sob a ótica da Constituição Federal, a determinar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em seu voto, Eros Grau disserta sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sobre as tristes condições das penitenciárias brasileiras, para afirmar que qualquer execução de pena no Brasil é, por definição, uma imposição desumana ao réu. No seu entender, o Judiciário deveria alargar ao máximo o conceito de ampla defesa, o qual, somado à presunção de não culpabilidade, resultaria na conclusão de que “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação só pode ser decretada a título cautelar”¹¹⁷⁸.

Tal posição não foi isenta de críticas. De sua cadeira, o Ministro Joaquim Barbosa vociferou contra esse entendimento. Para ele, a posição adotada pelo Supremo estaria instituindo um “sistema penal de faz-de-conta”. Segundo ele, “se tivermos que aguardar o esgotamento dos recursos especial e extraordinário, o processo jamais chegará ao seu fim”. Isso, associado à “generosa teoria do *habeas corpus*” promovida pelo STF, faria com que o país fosse caso único do mundo em que o réu dispusesse de semelhante “leque de opções de defesa”. “Imenso, inigualável”, completaria o Ministro¹¹⁷⁹.

De outra banda, o Ministro Cezar Peluso contestou a posição do Ministro Joaquim Barbosa. Invocando precedente decidido pelo Supremo Tribunal Federal em casos

¹¹⁷⁴ CASTRO, Leonardo. **Prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária – Distinções**. Disponível em <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/313428773/prisao-em-flagrante-prisao-preventiva-e-prisao-temporaria-distincoes>. Acesso em 15 jun. 2016.

¹¹⁷⁵ Cf. art. 312 do Código de Processo Penal.

¹¹⁷⁶ CARMO, Fernando Luis Lelis do. **Prisão preventiva e o confronto aos princípios constitucionais**. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14113. Acesso em 15 jun. 2016.

¹¹⁷⁷ Cf. Art. 637 do Código de Processo Penal.

¹¹⁷⁸ Cf. voto do Ministro Eros Grau no HC nº. 84.078-7/MG.

¹¹⁷⁹ Cf. voto do Ministro Joaquim Barbosa no HC nº. 84.078-7/MG.

de ação de improbidade administrativa, no qual se firmara a impossibilidade de execução antecipada das penas cominatórias enquanto pendentes de julgamento os recursos extraordinários, o Ministro Peluso conclamou seus pares a respeitar a coerência de entendimento do Tribunal, pois esta “presta contas ao tempo”. No precedente citado, recordou Peluso, afirmara-se não ser compatível com a Constituição lei estadual que impusesse a servidor público desconto em seus vencimentos e remuneração antes do trânsito em julgado da decisão. Logo, não faria sentido que a Corte vedasse a imposição ao réu de uma consequência de ordem material, pecuniária, para afastar a mesma garantia quando estivesse em jogo “a máxima das medidas gravosas: a privação da liberdade!”¹¹⁸⁰.

Ao final, o Tribunal, por maioria, concedeu a ordem, garantindo a todo e qualquer réu o direito de recorrer em liberdade enquanto sua condenação não transitasse em julgado. Prisão, se o caso fosse, somente numa das hipóteses autorizativas da prisão cautelar, mas jamais como execução antecipada da pena¹¹⁸¹.

II.5.7.4.2 A reversão do posicionamento

Parecia evidente que a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal à garantia da não culpabilidade encerrava um desastre do ponto de vista da política criminal e, por conseguinte, do próprio funcionamento da Corte. Por mais que a intenção originária não tivesse sido essa, o STF estava a convidar todo e qualquer réu a recorrer de suas condenações para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o próprio STF. Mesmo aqueles que, em princípio, estivessem conformados com a pena aplicada pelas instâncias ordinárias, seriam “intimados” a recorrer às cortes superiores. Ainda que não fosse possível contar com uma eventual reversão da condenação imposta pelo tribunal local, o réu no mínimo garantiria livre passagem do cárcere até o encerramento definitivo do processo. Com alguma sorte, em meio às idas e vindas recursais, seria possível até mesmo alcançar a prescrição da pretensão punitiva estatal, resultando na liberdade definitiva do sujeito.

À vista dessa conclusão, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, operou uma radical viragem de posicionamento quanto à matéria.

¹¹⁸⁰ Cf. voto do Ministro Cezar Peluso no HC nº. 84.078/MG. O julgamento a que se referiu o Ministro Peluso foi prolatado no RE nº. 482.006/MG.

¹¹⁸¹ STF – Pleno. HC nº. 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 5.2.09, publicada no DJ de 26.2.10.

No julgamento do HC nº. 126.292/DF, o Ministro Teori Zavascki resgatou alguns dos argumentos esposados pela banda vencida no julgamento originário da questão em 2009. De acordo com o Ministro Teori, “o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova”. Por isso, “o acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país”. Todavia, seria “no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”. Logo, “tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado” seria de todo justificável “a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”¹¹⁸². Segundo esse raciocínio, portanto, ao contrário do precedente anterior, seria possível impor-se ao réu o cumprimento antecipado da pena criminal, independentemente do julgamento de recursos extraordinários porventura interpostos.

Aderindo à tese do ministro relator, o Ministro Luís Roberto Barroso asseverou que “a condenação de primeiro grau, mantida em recurso de apelação, inverte a presunção de inocência”. Segundo o Ministro Barroso, o devido processo legal previsto pela Constituição restringe-se “a dois graus de jurisdição”. Desse modo, uma vez condenado o réu pelas instâncias ordinárias, “a partir daí a presunção de não culpabilidade estará desfeita”. Assim, de modo a restabelecer “prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias”, seria necessário pôr fim à possibilidade de que os recursos aos tribunais superiores disponham de um “efeito suspensivo que eles não têm”¹¹⁸³.

Contestando a nova tese apresentada, o Ministro Celso de Mello arguiu que a Carta da República “estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Na verdade, de acordo com Celso de Mello, a Constituição define de maneira muito clara o marco temporal a partir do qual “se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal”¹¹⁸⁴. E, por óbvio, o trânsito em julgado somente se perfectibiliza uma vez esgotados os recursos de que dispõe o réu.

¹¹⁸² Cf. voto do Ministro Teori Zavascki no HC nº. 126.292/DF.

¹¹⁸³ Cf. voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC nº. 126.292/DF.

¹¹⁸⁴ Cf. voto do Ministro Celso de Mello no HC nº. 126.292/DF.

Na mesma toada, o Ministro Marco Aurélio Mello lamentava presenciar uma “tarde infeliz, em termos jurisdicionais, da vida deste Tribunal, na vida do Supremo”. Afirmando que esse novo entendimento “esvaziava o modelo garantista decorrente da Carta de 1988”, o Ministro Marco Aurélio reconhecia toda a problemática do sistema penal brasileiro, mas pontuava que o preceito não admitia maiores interpretações. Advertiu Marco Aurélio que, “quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário”. Com isso, o STF corria o risco de “lançar um bumerangue e este por vir e retornar à nossa testa”. Para mitigar esse perigo, disse ele, a Corte deveria adotar a “autocontenção”. Do contrário, estaria o Supremo a afirmar que “a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia”, pois, “antes do trânsito em julgado, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado”¹¹⁸⁵.

Os alertas dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio foram em vão. Por maioria, o Supremo Tribunal Federal encampou a tese esposada pelo Ministro Teori Zavascki e voltou a admitir a execução antecipada da pena privativa de liberdade, ainda que pendentes de julgamento os recursos especial e extraordinário¹¹⁸⁶.

II.5.7.4.3 A não vinculação do precedente

Não obstante, a reversão do entendimento ainda motiva intenso debate, mesmo no âmbito do STF. Em recentíssima decisão, o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, ignorou a mudança do precedente. Visto que a decisão anterior encontrava-se desprovida de eficácia vinculante, o Ministro deferiu a ordem de *habeas corpus* em um caso de condenado em segundo grau, cuja sentença ainda não havia transitado em julgado¹¹⁸⁷.

O mesmo ocorreu em caso similar, de lavra do Ministro Ricardo Lewandowski. Na condição de Presidente da Corte, o Ministro Lewandowski deferiu no plantão judiciário uma ordem de *habeas corpus* em sentido diametralmente oposto. Referindo-se ao precedente anterior (HC nº. 126.292/DF) como mera sinalização de “possível mudança de entendimento jurisprudencial”, Sua Excelência apontou que a

¹¹⁸⁵ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio Mello no HC nº. 126.292/DF.

¹¹⁸⁶ STF – Pleno. HC Nº. 126.292/DF. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgado em 17.2.16, publicada no DJ de 7.2.17.

¹¹⁸⁷ Cf. HC nº. 135.100/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão de 1º.7.16, publicada no DJ de 1º.8.16.

decisão nele veiculada “não possui qualquer eficácia vinculante”. Logo, sem embargo da decisão plenária, poderia ele, monocraticamente, dissentir do entendimento do Tribunal¹¹⁸⁸.

Assim, mesmo considerando que o plenário do Tribunal decidira autorizar a prisão para cumprimento de pena a partir da condenação em 2ª instância, como a decisão fora tomada em sede de *habeas corpus*, parte dos ministros permaneceu a decidir em sentido contrário, alegando – com razão – que o “precedente” anterior não os vinculava.

II.5.7.4.4 A Medida Cautelar nas ADCs nºs. 43/DF e 44/DF

No meio de toda essa balbúrdia, ajuizaram-se duas ações de controle abstrato, cujo objeto era justamente a possibilidade de execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Em ambas, foi requerido o deferimento de medida cautelar de natureza antecipatória, para fins de determinar a possibilidade de expedição de mandado de prisão após a confirmação da condenação em grau de recurso.

Em seu voto, o relator do caso, Ministro Marco Aurélio, buscou reparar a “fissura causa pelo pronunciamento em processo subjetivo”, haja vista que a nova posição do STF repercutiria “na liberdade de milhões de indivíduos”. Na sua óptica, “a literalidade do dispositivo (art. 5º, inc. LVII, CF/88)” não deixaria margem a dúvidas: “a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior”. Daí não haver espaço para “controvérsias semânticas”, pois a garantia estabelecida na Constituição revela preceito protegido por cláusula pétrea, “cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir”¹¹⁸⁹.

Na mesma toada, o Ministro Celso de Mello vociferava contra o resultado do HC nº. 126.292/SP, indagando “quantos princípios proclamados pela autoridade superior da Constituição da República precisarão ser sacrificados para justificar a decisão desta Suprema Corte” naquela assentada? Por que comprometer “liberdades garantidas pela Carta Política” unicamente para legitimar uma decisão que, ao seu ver, instituiria uma “artificial antecipação do trânsito em julgado”? Em razão disso, Sua

¹¹⁸⁸ Cf. decisão do Ministro Ricardo Lewandowski no HC nº. 135.752/PB. Relator: Ministro Edson Fachin. Decisão de 29.7.16, publicada no DJ de 1º.8.16

¹¹⁸⁹ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio nas MCs em ADCs nºs. 43/DF e 44/DF.

Excelência classificava a tese relativa à “execução provisória de uma condenação criminal como uma “aberração jurídica, porque totalmente inconstitucional e ilegal”¹¹⁹⁰.

O Tribunal, contudo, resolveu seguir por outra trilha. Abrindo a divergência, o Ministro Luís Roberto Barroso argumentava que, como os recursos especial (STJ) e extraordinário (STF) não possuem efeito suspensivo *ex lege*, “tem-se como decorrência lógica a possibilidade de se dar início à execução penal”. Para o Ministro Barroso, “o baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu” denunciariam o que seria uma estratégia recursal que “apenas torna mais patente a afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública”¹¹⁹¹. Por maioria, o Tribunal ratificava a decisão proferida no HC nº. 126.292/SP.

Isso, contudo, não significou paz jurisprudencial por sobre a matéria. Algum tempo depois, ministros passaram a descumprir o que fora decidido no julgamento das medidas cautelares nas ADCs nºs. 43/DF e 44/DF. O argumento era de que o mérito da questão ainda não havia sido decidido (o que era correto) e, portanto, a decisão não os poderia vincular (o que não era exato)¹¹⁹². Somando-se a isso o fato de que alguns ministros passaram a indicar uma possível reversão no seu entendimento anterior, o fato é que a questão ainda continua em aberto¹¹⁹³.

II.5.7.5 *Habeas corpus* para fiscalizar normas constitucionais originárias

Engana-se, porém, quem imagina que o *habeas corpus* desempenha a função anômala de instrumento de controle de constitucionalidade apenas em matéria penal. Em pelo menos um caso, discutiu-se através desse remédio heróico o alcance de normas constitucionais originárias. Fala-se, aqui, do caso da *prisão civil do depositário infiel*.

Desde sempre, a Constituição Federal de 1988 autorizou a possibilidade de decretação de prisão civil. Apesar de a responsabilidade no âmbito civil configurar responsabilidade de natureza *patrimonial*, a detenção do sujeito por dívidas é, em

¹¹⁹⁰ Cf. voto do Ministro Celso de Mello nas MCs em ADCs nºs. 43/DF e 44/DF.

¹¹⁹¹ Cf. voto do Ministro Luís Roberto Barroso nas MCs em ADCs nºs. 43/DF e 44/DF.

¹¹⁹² Ver, por exemplo, a decisão do ministro Gilmar Mendes no HC nº. 146.815/MG.

¹¹⁹³ Cf., por exemplo, STF – II Turma. HC nº. 142.173/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 23.5.17, publicada no DJ de 6.6.17.

princípio, vedada pelo ordenamento. Diversa, contudo, é a conclusão nos casos de inadimplemento de obrigações alimentícias e nas hipóteses de depositário infiel¹¹⁹⁴.

Exceção à regra segundo a qual a responsabilidade *pessoal* – isto é, a responsabilidade que sujeita o infrator a pagar a pena com a privação da sua liberdade – é restrita aos delitos de natureza penal, a prisão civil funciona como meio coercitivo para impulsionar o cidadão inadimplente a cumprir com suas obrigações¹¹⁹⁵. É através dela que o devedor de alimentos ou o infiel depositário são coagidos a adimplir a prestação pactuada, sob pena de serem levados ao cárcere até que as cumpram¹¹⁹⁶.

A natureza coercitiva da prisão civil afasta sua aproximação com a prisão penal. Com efeito, não se trata punir o sujeito por ter deixado de pagar a prestação alimentícia ou não ter devolvido o bem móvel que lhe fora entregue em confiança. Trata-se, somente, de fazer com que a obrigação seja cumprida. Eis a razão pela qual não seria exagero definir essa modalidade de prisão como aquela em que o preso entra na cela com as chaves da cadeia na mão.

Todavia, a despeito de a Constituição excepcionar de forma clara tanto a prisão civil por dívida alimentar quanto a prisão civil por infidelidade depositária, o Brasil subscreveu *a posteriori* o *Pacto de San José da Costa Rica*. E, no âmbito do pacto internacional firmado na América Central, a única prisão civil admitida é a do devedor de alimentos¹¹⁹⁷.

Do ponto de vista dogmático, não havia muitas dúvidas de que a Constituição, em seu texto original, deveria prevalecer. Muito embora o Pacto de San José da Costa Rica encerrasse normas de direitos humanos, que poderiam ingressar no ordenamento através da cláusula aberta constitucional¹¹⁹⁸, o tratado internacional havia sido ratificado em período anterior à EC nº. 45/2004, que equiparou os tratados de direitos humanos a normas constitucionais, desde que seu processo de ratificação seguisse o rito previsto para aprovação de emendas à Constituição¹¹⁹⁹. Logo, não haveria como elevar o Pacto de San José ao nível constitucional, de maneira a paralisar a eficácia da norma que dispõe sobre a prisão civil do depositário infiel.

Não foi o que pensou o STF.

¹¹⁹⁴ Cf. art. 5º, inc. LXVII, da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁹⁵ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 238.

¹¹⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 464.

¹¹⁹⁷ Cf. art. 7º, n. 7, do Pacto de San José da Costa Rica.

¹¹⁹⁸ Cf. art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁹⁹ Cf. art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988.

No julgamento do HC nº. 87.585/TO, o relator do caso, Ministro Marco Aurélio, entendeu que, com a adesão do Brasil ao Pacto de San José da Costa Rica, “restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da prisão do depositário infiel”¹²⁰⁰. Levando esse entendimento às raias do paroxismo, o Ministro Celso de Mello, ladeado pelo Ministro Gilmar Mendes, afirmou que, “cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária”. Assim, tais tratados seriam qualificados como “diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República”¹²⁰¹. Em outras palavras, isso significaria que o Pacto de San José da Costa Rica ostentaria patamar de *supralegalidade*, isto é, acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição.

Com base nessa compreensão, o STF concedeu a ordem, operando – supremo espanto – um *controle de constitucionalidade de normas originárias da Constituição*, através da ratificação de um tratado de direitos humanos que sequer foi recebido como norma constitucional. Posteriormente, esse novo posicionamento foi ratificado por súmula vinculante¹²⁰².

II.5.7.6 Modulação de efeitos

Além da estranha estruturação do *habeas corpus* como instrumento anômalo de controle de constitucionalidade de normas penais, também importou-se para essa nova modalidade a discutível tese da modulação dos efeitos da decisão prolatada. Uma vez que a decisão proferida em sede de *habeas corpus* reconduz-se a uma espécie de controle concreto, o Tribunal já decidiu ser possível restringir a eficácia da declaração de inconstitucionalidade, salvaguardando atos já praticados com base na legislação incompatível com o texto constitucional. Foi o que aconteceu no caso do julgamento do já citado HC nº. 82.959.

Nesse caso específico, como visto, discutia-se a inconstitucionalidade da norma a prever a impossibilidade de progressão de regime prisional para condenados por crimes hediondos. Reconhecida a inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal deparou-se com a seguinte questão: o que fazer com os condenados que já cumpriram

¹²⁰⁰ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio Mello no HC nº. 87.585/TO.

¹²⁰¹ Cf. voto do Ministro Celso de Mello no HC nº. 87.585/TO.

¹²⁰² Súmula vinculante nº. 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

integralmente a pena em regime fechado? Como se lhes aplicar o novo entendimento? Terão eles direito a alguma forma de indenização do Estado por erro judiciário?

Em princípio, o Tribunal não atentou para a questão. Até então, vigorava o entendimento segundo o qual “a declaração de inconstitucionalidade proferida em processo de controle difuso haveria de ser adotada, invariavelmente, de efeito *ex tunc*”¹²⁰³. Dessa forma, era de entender-se que todos os condenados que já houvessem cumprido pena deveriam ser beneficiados com alguma forma de compensação estatal. Afinal, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da norma, sua nulidade deveria ser reconhecida *ab initio*. Logo, o cumprimento integral da sanção penal em regime fechado abriria espaço para pleitear indenização pela imposição de regime mais gravoso do que o admitido pelo texto constitucional.

O relator do caso, Ministro Marco Aurélio, não tratara inicialmente dessa possibilidade¹²⁰⁴, até porque o Supremo não vislumbrava a possibilidade de operar semelhante restrição de efeitos em controle concreto, à falta de normatização legal. Os ministros que se lhe seguiram tampouco notaram a problemática potencialmente advinda dessa decisão. Coube ao Ministro Gilmar Mendes chamar o caso à ordem.

Em extenso voto-vista, Gilmar Mendes refere-se ao permissivo estatuído pela Lei nº. 9.868/99 em relação às ações de controle abstrato, questionando-se se “é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso”. Desviando-se da discussão acerca da constitucionalidade mesma desse dispositivo – o art. 27 da Lei nº. 9.868/99 –, o Ministro Gilmar Mendes recorre à doutrina norte-americana para assentar a necessidade de mitigação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade normativa, até mesmo “com efeito exclusivamente *pro futuro*”, se necessário for. Assim, “a base constitucional dessa limitação parece sugerir” que a restrição de efeitos da invalidade da norma inconstitucional “revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo”. Forte nesses argumentos, o Ministro reconheceu a inconstitucionalidade do §1º, do art. 2º, da Lei nº. 8.072/90, mas ressaltou que “esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável” somente “às condenações que envolvam situações ainda susceptíveis de serem submetidas ao regime de progressão”¹²⁰⁵. Afastava-se, portanto, qualquer possibilidade de demanda indenizatória contra o Estado por aqueles cujas penas já tivessem sido integralmente cumpridas.

¹²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e jurisdição constitucional**, cit., p. 113.

¹²⁰⁴ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio Mello o HC Nº. 82.959/SP.

¹²⁰⁵ Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes no HC Nº. 82.959/SP.

Acolhendo a sugestão de Gilmar Mendes, o Tribunal entendeu, à unanimidade, que “a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data”¹²⁰⁶. Firmou-se, dessa maneira, a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em casos concretos, mesmo pela via anômala do *habeas corpus*.

II.6 Em conclusão: estado atual do controle concreto de constitucionalidade

Como se viu ao longo deste capítulo, a fiscalização da constitucionalidade das normas no direito brasileiro passou por um acentuado processo de abstratização. Tal fenômeno apresenta-se em duas dimensões.

Na primeira delas, de natureza processual, instrumentos originalmente destinados ao controle concreto de leis passaram a desempenhar função semelhante à das ações de controle abstrato. É o caso, por exemplo, do recurso extraordinário com repercussão geral, cujo julgamento implica a resolução simultânea de milhares de processos sem que estes sequer cheguem a ser enviados ao STF. E é o caso, também, do mandado de injunção, cuja nova interpretação do Supremo acabou por sobrepor-lo à própria Adin por omissão.

Numa segunda dimensão, os mecanismos de fiscalização concreta de constitucionalidade passaram a ostentar eficácia, senão igual, pelo menos análoga à vinculação e aos efeitos *erga omnes* ostentados pelas ações de fiscalização abstrata de normas. A prejudicialidade da repercussão geral frente às ações de controle abstrato, a adoção da posição concretista geral para os efeitos da decisão no mandado de injunção e a admissão da reclamação em casos de decisões proferidas em *habeas corpus*, inclusive com a possibilidade de modulação de seus efeitos, são os exemplos mais gritantes dessa nova tendência da jurisdição constitucional brasileira.

Pôde-se observar, ainda, que a abstratização dos efeitos do controle concreto seguiu por duas linhas principais: a primeira, de origem *legislativa*, a partir da ação do Congresso Nacional, com a criação de instrumentos destinados a empoderar as decisões concretas do Supremo Tribunal Federal e, com isso, diminuir a quantidade de recursos julgados pela Corte, de que são exemplos a *súmula vinculante* e a *repercussão geral*; a segunda, de base *jurisprudencial*, a partir da introdução de elementos de abstração

¹²⁰⁶ STF – Pleno. HC nº. 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 23.2.06, publicada no DJ de 1º.9.06.

em instrumentos já consagrados legalmente, na via ordinária ou na própria Constituição, mediante inovação do Supremo Tribunal Federal. É nesse contexto que surgem o mandado de injunção com eficácia *erga omnes* e a transformação do *habeas corpus* em instrumento de controle de constitucionalidade das leis penais e mesmo de normas originárias da Constituição.

De certa forma, cumpre-se a profecia enunciada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Segundo o professor emérito da Faculdade do Largo do São Francisco, a integração entre os sistemas concreto de base difusa e abstrato em via concentrada era não somente desejável, mas também incontornável, dado o modo com o qual se estruturara o sistema. E, como ressaltou o Prof. Manoel Gonçalves, o vaticínio, “se vier, virá com a prevalência do sistema concentrado”¹²⁰⁷. Sua conclusão não poderia estar mais correta.

Hoje, portanto, o sistema de controle de constitucionalidade *in concreto* no ordenamento jurídico brasileiro estrutura-se da seguinte forma:

- 1 – O recurso extraordinário, cujo cabimento encontra-se limitado pelo pressuposto da repercussão geral, apresenta-se como instrumento de controle objetivo de normas, com a possibilidade inclusive de prejudicar o conhecimento futuro de eventual ação de controle abstrato cujo objeto seja a mesma norma anteriormente inquinada;
- 2 – A súmula vinculante permite a expansão da sua eficácia coercitiva a todo e qualquer procedimento, sujeitando todos os juízos do país a seguir o entendimento do Supremo, cabendo reclamação em caso de inobservância do verbete;
- 3 – O mandado de injunção suplantou o controle abstrato das omissões legislativas inconstitucionais por meio da Adin por omissão, assumindo feição concretista geral, permitindo ao Supremo a edição de uma norma destinada a preencher o vácuo legislativo com eficácia *erga omnes*, comportando o emprego da reclamação constitucional com o propósito de impor a decisão nele veiculada;
- 4 – O *habeas corpus*, cuja competência originária do STF é em tese deveras restrita, assumiu a condição de instrumento por excelência para controle de constitucionalidade de normas penais em caráter concreto e

¹²⁰⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os princípios do processo constitucional**, cit., p. 339.

até de normas constitucionais originárias, inclusive com a possibilidade de ajuizamento de reclamação para sindicar o descumprimento do preceituado e até mesmo de modularem-se os efeitos dessa decisão.

Pode-se concluir, em resumo, que o controle de constitucionalidade concreto no Brasil não existe mais como tal. Faz-se necessário, portanto, analisar as consequências dessa morte súbita e desavisada. É o que será tratado no capítulo seguinte.

III. CRÍTICAS À ABSTRATIZAÇÃO DOS EFEITOS DO CONTROLE CONCRETO

III.1 Introdução

Comprovado que o processo de controle concreto com efeitos *inter partes* no Brasil reduziu-se à condição de cadáver insepulto, resta saber quais problemas decorrem de tão radical alteração no panorama da fiscalização normativa de constitucionalidade.

De forma geral, pode-se afirmar que o legislador ordinário e constituinte derivado têm não somente aceitado a ampliação da esfera de influência do Supremo Tribunal Federal¹²⁰⁸, com a introdução de mecanismos reforçadores dos poderes vinculantes da Corte, como também têm participado ativamente desse processo¹²⁰⁹. Não que isso seja propriamente novidade. Afinal, “não é admissível e nem sequer possível fazer uma leitura correta dos casos de controle de constitucionalidade” sem levar em conta o “contexto político em que ocorreram”¹²¹⁰.

Conforme visto no capítulo anterior, os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral representam a principal ponta de lança do movimento de abstratização do controle concreto de constitucionalidade. Através dele, produziu-se uma equiparação dos efeitos das decisões prolatadas nos processos objetivos de fiscalização normativa (Adin, ADC e ADPF). Agora, é possível atingir efeito vinculante e eficácia *erga omnes* onde antes só havia efeitos *inter partes* desprovidos de eficácia impositiva¹²¹¹.

De forma assaz curiosa, esse reforço de ampliação de competências tem lugar numa quadra em que o Supremo Tribunal Federal aventura-se cada vez mais a substituir as funções do próprio legislador, de que são exemplos a decisão proferida nos mandados de injunção relativos ao direito de greve dos servidores públicos, a redefinição do conceito de fidelidade partidária, a pesquisa com células-tronco embrionárias e a possibilidade de aborto de fetos anencefálicos¹²¹². Na realidade, não seria de todo absurdo afirmar que “o STF logrou auto-investir-se de prerrogativas que lhe permitem exercer

¹²⁰⁸ Como bem aponta o Prof. Blanco de Moraes, grande parte desse processo pode ser creditado à “passividade das instituições mais afetadas pela crise política (o Congresso e o Presidente) e o temor derivado do julgamento pelo STF de políticos com foro privilegiado” (MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 418).

¹²⁰⁹ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 24.

¹²¹⁰ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 58.

¹²¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1378.

¹²¹² TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 24.

materialmente todos os poderes”¹²¹³. E aí a conclusão apresenta-se incontornável: a balança de poderes do sistema brasileiro perdeu seu equilíbrio, passando o Supremo a tornar-se o mais proeminente de todos eles.

Também se verificou que boa parte das alterações legislativas produzidas a nível constitucional possuíam, como objetivo inconfesso, abrir a via da reclamação para impor aos juízos de 1º grau e aos tribunais locais o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal. Em um curioso processo de engenharia reversa, partiu-se da existência de um instrumento processual polivalente (a reclamação) – que permite atalhar a tortuosa via processual do controle concreto de constitucionalidade e aceder diretamente ao Supremo Tribunal Federal – para chegar-se a fórmulas que permitissem o uso cada vez maior dessa ferramenta. Foi o que ocorreu na introdução de eficácia vinculante à ADC, a extensão dessa mesma eficácia para Adin (por emenda constitucional) e para a ADPF (por lei) e, finalmente, seu cabimento para o caso de desrespeito às súmulas vinculantes (também por emenda à Constituição). Trata-se, portanto, do estranho caso em que se parte de um instrumento processual preexistente para conceber instrumentos constitucionais que permitam sua utilização indiscriminada.

Sem dúvida, esse processo de construção invertido apresentou influência decisiva na viragem jurisprudencial para admitir o manejo desse instrumento por qualquer parte interessada – e não somente pelos legitimados constitucionais –, assim como a previsão expressa de cabimento da reclamação no caso de desatendimento a súmula vinculante. Para além disso, já se insinua a possibilidade de empregar-se a reclamação constitucional nos casos de decisão contrária à jurisprudência firmada pelo STF em sede de recurso extraordinário com repercussão geral¹²¹⁴. Tudo, claro, com vistas a supostamente diminuir a quantidade de processos julgados ano a ano pela Suprema Corte brasileira.

¹²¹³ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 418.

¹²¹⁴ Tal possibilidade, aliás, é admitida por interpretação *a contrario sensu* do art. 988, §5º, inc. II, do Novo Código de Processo Civil:

“Art. 988 – *Omissis*

(...)

§5º. É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”. Ou seja: uma vez esgotadas as instâncias ordinárias, pode-se cogitar a possibilidade de ajuizamento da reclamação para fazer valer a autoridade da decisão do Supremo, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral.

Nesse cenário, não configuraria despropósito afirmar que o Brasil abandonou seu secular sistema de *substituição*¹²¹⁵ e passou, com a introdução do pressuposto da repercussão geral no recurso extraordinário, para um modelo *cassatório*¹²¹⁶. Não um modelo cassatório puro, mas um sistema *temperado* ou *mitigado*, haja vista que o Tribunal atua em um único caso, substituindo a sua decisão à dos demais órgãos judiciais que nele atuaram, mas estende os efeitos dessa única decisão para uma infinidade de processos, fixando uma *tese* que deverá ser seguida pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Contudo, a questão que fica é: será a abstratização dos efeitos do controle concreto a solução para o problema do volume de processos que asoberbam os ministros do STF? Ou, mais especificamente, que tipo de objeções decorrem da adoção desses novos mecanismos no ordenamento nacional?

III.2 Súmula vinculante x repercussão geral: incongruências sistemáticas

III.2.1 Inviabilidade recíproca dos instrumentos

A primeira questão que salta aos olhos quando se analisam os transtornos decorrentes da abstratização dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade diz respeito à potencial inviabilidade prática dos seus principais instrumentos: a súmula vinculante e a repercussão geral.

De fato, a súmula vinculante decorre – ao menos em tese – do julgamento reiterado de matérias constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Excetuado casos esdrúxulos, tal qual a Súmula Vinculante nº. 11, outorgada após decisão solitária em um único caso, a introdução de verbete sumular com eficácia vinculativa depende, *necessariamente*, do julgamento de *mais de um caso* pelo STF. Caso contrário, de “reiteração” não se poderá falar.

Entretanto, como se sabe, a repercussão geral funciona como filtro geral de causas para o Supremo Tribunal Federal. Embora o filtro seja demasiado complacente e dependa, para seu emprego, da manifestação negativa de pelo menos 8 ministros da Corte, o fato é que a repercussão geral impede a subida simultânea de milhares de processos

¹²¹⁵ Para o efeito substitutivo original do recurso extraordinário, cf. RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade**, cit., p. 265.

¹²¹⁶ Para o conceito de modelo cassatório, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**, t.2, cit., p. 618-619.

versando sobre o mesmo conteúdo. Escolhe-se um recurso extraordinário representativo da controvérsia, encaminha-se tal apelo ao Supremo e todos os demais interpostos com fundamento idêntico ficam, na dicção legal, “sobrestados” até o julgamento desse recurso.

Somando um mecanismo ao outro, verifica-se que o instituto da repercussão geral inviabiliza, na prática, o atendimento de um pressuposto basilar da súmula vinculante: *a reiteração de julgados sobre a mesma matéria*. Se a repercussão geral implica a escolha de um único recurso representativo da controvérsia, através do qual serão julgados todos os demais em caráter simultâneo, é de questionar-se: como chegarão ao Supremo novas causas a dispor sobre a mesma matéria, de maneira a viabilizar a prolação de súmula vinculante sobre a questão? Ainda que se escolham dois ou mais recursos destinados a representar a controvérsia, como insinua o novo Código de Processo Civil¹²¹⁷, a conclusão continuaria a mesma, pois ambos seriam decididos em julgamento simultâneo. O que há, na verdade, é um “julgamento por amostragem”¹²¹⁸, circunstância que impede, por imperativo lógico, a “reiteração” do entendimento no tempo¹²¹⁹.

Não obstante, há de ressaltar-se também o entendimento ensaiado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à prejudicialidade da questão decidida em repercussão geral em relação aos processos de controle objetivo de normas. Se até mesmo a Adin, a ADC e a ADPF tem seu curso negado quando a matéria já houver sido decidida pelo plenário do Tribunal em sede de repercussão geral, como admitir que a questão retorne à apreciação da Corte através de outro recurso extraordinário? No limite, estar-se-ia contrariando a própria sistemática da repercussão geral, pois seria possível, ao menos teoricamente, submeter a julgamento do STF recurso extraordinário sobre a mesma matéria já apreciada em repercussão geral.

Com efeito, se a repercussão geral é capaz de estender seus efeitos aos milhares de recursos idênticos sobre a mesma causa, não haverá possibilidade lógica de produzirem-se ao menos dois julgados sobre a questão, requisito indispensável à edição de súmula vinculante. Por outro lado, se a repercussão geral não dispuser de semelhante efeito, possibilitando a reiteração de que necessita o verbete sumular, é de discutir-se sua eficácia mesma como filtro recursal.

¹²¹⁷ Cf. art. 1036, §1º, do novo Código de Processo Civil. Nesse sentido, cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., p. 2376-2377.

¹²¹⁸ Para a referência ao julgamento por amostragem, cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit., p. 1643.

¹²¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Repercussão geral no projeto do novo Código de Processo Civil**, cit., p. 140.

Igual perplexidade advém se o raciocínio for feito ao inverso. Se houver súmula vinculante a dispor sobre a matéria, estará configurada com precisão uma das hipóteses a desautorizar o conhecimento de recurso extraordinário. É dizer: havendo súmula vinculante sobre a matéria, não se reconhecerá repercussão geral no recurso extraordinário, sendo o apelo liminarmente negado. Logo, a súmula vinculante funciona como causa de *exclusão* da repercussão geral, pois a matéria eventualmente debatida no recurso já terá sido objeto de pronunciamento com eficácia vinculante.

Nessa perspectiva, parece claro que o legislador constituinte derivado, ao intentar diminuir a sobrecarga de trabalho imposta aos ministros do Supremo Tribunal Federal, acabou por conceber mecanismos diametralmente conflitantes e até mesmo mutuamente excludentes. De duas, uma: *ou* se permite que os recursos cheguem aos milhares ao Supremo para que daí se possa extrair um verbete com eficácia vinculante; *ou* se admite a imposição de um filtro que limite a quantidade de causas levadas a julgamento no STF, o que embaraça um instrumento que depende da “reiteração” de julgados para perfectibilizar-se. O que não se pode admitir é que subsistam, a um só tempo, dois instrumentos de cuja aplicação resulta inviabilidade recíproca.

III.2.2 Tentativas de compatibilização dos instrumentos pelo STF

Com vistas a reverter essa contradição prática evidente, esboçou-se no Supremo Tribunal Federal uma tendência de combinar ambos os mecanismos – súmula vinculante e repercussão geral – para que, em conjunto, alcançassem um mesmo resultado. De acordo com esse entendimento, reconhecida pelo plenário a repercussão geral do recurso extraordinário, do seu julgamento de mérito resultaria não somente a sentença do caso concreto, mas, também, a edição de uma súmula vinculante¹²²⁰. Em pelo menos três oportunidades o STF já sufragou essa prática, insinuando a intenção de adotá-la como regra¹²²¹.

Ocorre que, como visto acima, o instituto da súmula vinculante – ao menos de acordo com o seu desenho constitucional – depende, *necessariamente*, da reiteração de julgados sobre a mesma matéria. E, para haver reiteração, faz-se necessário, por imperativo lógico, que exista pelo menos *mais de um* caso decidido sobre a questão.

¹²²⁰ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 83.

¹²²¹ Foi o que ocorreu, por exemplo, com as súmulas vinculantes n.ºs. 7, 8 e 10. (Cf. RE 582.650, 560.626 e 482.090).

Como imaginar, portanto, que de um único caso possa extrair-se um verbete sumular com eficácia vinculante?

Nessa quadra, a conduta do Supremo Tribunal Federal denuncia um hábito de há muito arraigado na jurisprudência da Corte: a de lapidar, por meio de interpretação judicial, as incongruências dogmáticas estabelecidas pelo Poder Legislativo. Quando isso acontece em casos nos quais há margem para tal, não se verificam maiores problemas. Mas, quando isso ocorre contra texto literal da própria Constituição, é de perguntar-se se o Supremo não está a extrapolar as suas funções para assumir a feição de uma entidade quase mítica, que paira acima dos poderes constituídos. Como já se assentou na doutrina norte-americana, “o que a Constituição *quer dizer* não é necessariamente o que a Suprema Corte *diz que ela quer dizer*”¹²²². Ou, como já dissemos em outra oportunidade, é a Constituição quem rege o Supremo, e não o Supremo quem rege a Constituição¹²²³.

Fora isso, há de sopesar-se que a distinção entre uma (concreto) e outra (abstrato) forma de controle ficaria reduzida à questão da legitimação. Enquanto o rol de legitimados para deflagrar o controle abstrato está estabelecido em rol exaustivo na Constituição Federal, o recurso extraordinário possui ampla legitimação, podendo qualquer pessoa com interesse processual na causa interpô-lo. No limite, haveria de reconhecer-se que qualquer pessoa estaria apta a deflagrar controle objetivo de normas, dele podendo extrair uma decisão com eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*. A parte seria, por assim dizer, “senhora do controle” de constitucionalidade. Na medida em que o recurso extraordinário é um *recurso* e, portanto, submete-se ao princípio da voluntariedade recursal, está-se de certo modo submetendo a autoridade e a primazia da Constituição às conveniências particulares do recorrente, que pode muito bem deixar de interpor o recurso e contentar-se com a consumação de eventual decisão inconstitucional proferida pelas instâncias locais. Trata-se de incongruência de difícil resolução¹²²⁴.

Constata-se, dessa maneira, que os mecanismos da repercussão geral e da súmula vinculante operam em sentidos opostos. Enquanto o primeiro busca restringir a um caso paradigma o julgamento de recursos extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal, a segunda depende primordialmente de pluralidade de julgados a fim de viabilizar-se. Se as

¹²²² TUSHNET, Mark. *Marbury v. Madison and the theory of judicial supremacy*. In GEORGE, Robert P. **Great cases in constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 18. Grifo nosso.

¹²²³ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 111.

¹²²⁴ SILVA NETO, Francisco Barros e. Op. Cit., p. 47. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

leis de Newton tiverem para o Direito a mesma aplicabilidade que têm para a Física, não seria de se espantar que ambos terminassem por se anular em seus esforços.

Conclui-se, portanto, que os mecanismos da súmula vinculante e da repercussão geral conduzem a um paradoxo de difícil resolução: ou a repercussão geral impõe o julgamento de um único caso pelo STF e, assim, impede na prática a eventual adoção de súmula vinculante; ou ela não dispõe de tal poder, e aí não se reconduz a mecanismo eficaz para diminuir o volume de processos julgados pelo Tribunal.

III.2.3 A questão das resoluções do Senado Federal

Se isso não fosse o bastante, o legislador constituinte derivado parece não ter atentado para a problemática relativa à suspensão da eficácia das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Como se sabe, as decisões proferidas em controle concreto produzem efeitos apenas entre as partes no processo. No entanto, desde a Constituição de 1934, o Brasil passou a conviver com a possibilidade de que o Senado Federal, mediante resolução emitida de forma discricionária, pudesse estender os efeitos dessa decisão, suspendendo, com eficácia *ex nunc*, o dispositivo declarado inconstitucional pelo STF. Conveniente para uns¹²²⁵, esdrúxula para outros¹²²⁶, a atual Carta manteve a mesma sistemática de extensão de efeitos em casos de controle concreto de constitucionalidade¹²²⁷.

Conforme observado alhures, a fiscalização normativa passou por indiscutível processo de abstratização, tornando o controle concreto quase residual dentro da sistemática de exame da constitucionalidade de leis. Partindo de um modelo tipicamente norte-americano, de base difusa, chegou-se ao extremo no qual toda e qualquer norma do ordenamento tornou-se passível de ser sindicada por ação pela via direta, dada a multiplicidade de instrumentos postos à disposição dos legitimados constitucionais para tanto (Adin, Adin por omissão, ADC e ADPF). Essa, digamos, “dessubjetivação das formas processuais” indica de forma inequívoca a substancial mudança pela qual passou o ordenamento brasileiro em pouco mais de um século¹²²⁸.

Nessa perspectiva, parece claro que a amplitude conferida pelo constituinte de 1988 à fiscalização abstrata deixou patentes “as inadequações ou

¹²²⁵ MAGALDI, Leandro Gonçalves. Op. Cit., p. 22.

¹²²⁶ TAVARES, André Ramos. **O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**, cit., p. 341.

¹²²⁷ Cf. art. 52, inc. X, da Constituição Federal de 1988.

¹²²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit., p. 1038.

insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade”. Tal se dá principalmente em razão da “demora na obtenção de julgamento definitivo da questão constitucional pelo Supremo”. Mas disso decorreria a “notória superação do instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal”¹²²⁹?

Em favor dessa tese, militam argumentos nem um pouco desprezíveis.

Quando a resolução do Senado foi introduzida em nosso ordenamento, não havia qualquer forma de controle por via abstrata de normas¹²³⁰. Por isso a necessidade de intervenção legislativa a fim de operar efeitos que o controle concreto, por sua natureza, não poderia produzir¹²³¹. Não à toa, havia contradição evidente entre o mecanismo de suspensão da eficácia com efeitos *ex nunc* pelo Senado e a teoria da nulidade da norma inconstitucional, de longe a mais reverenciada no Brasil¹²³². Afinal, disso decorreria a preocupante conclusão de que a última palavra sobre a invalidade de uma norma incompatível com a Constituição residiria em decisão discricionária de um órgão político, não de um órgão jurídico. Sob essa ótica, não seria tão esdrúxulo admitir que “a fórmula relativa à suspensão da execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade”¹²³³.

Não é de se ignorar, também, o caráter anacrônico da competência outorgada ao Senado para suspender a eficácia de leis declaradas inconstitucionais pelo STF. Respeitadas as razões históricas que motivaram a introdução de semelhante mecanismo em nosso sistema constitucional, já não faria mais lógica em mantê-lo¹²³⁴.

O problema, contudo, é que o dispositivo constitucional permanece onde sempre esteve. Intocado, ele continua tão vigente quanto dantes. Do ponto de vista sistemático, esse esquecimento do legislador constituinte derivado acabou por criar uma inconsistência sistemática de difícil compatibilização. Se é do Senado o poder para estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade *inter partes*, como admitir que o Supremo possa fazê-lo, seja por meio da repercussão geral, seja por meio da súmula vinculante?

¹²²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit., p. 1047. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento dos referidos doutrinadores.

¹²³⁰ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 69.

¹²³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 527.

¹²³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit., p. 1035.

¹²³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit., p. 1032.

¹²³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 130-131.

III.2.4 O posicionamento do STF

Abordando essa problemática, o Ministro Gilmar Mendes, durante o já mencionado julgamento da Reclamação nº. 4.335/AC, defendeu a ocorrência de uma mutação constitucional no que toca ao inciso X, do art. 52, da Constituição de 1988. Segundo seu entendimento, o Senado não disporia mais de competência para estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade operada pelo Supremo Tribunal Federal, mas tão-somente dar-lhe publicidade. Ladeado pelo Ministro Eros Grau, Gilmar Mendes defendeu então que os efeitos da decisão proferida pelo STF em controle concreto apresentavam as mesmas características das decisões proferidas em controle abstrato, dispensando o subsequente socorro legislativo¹²³⁵.

Naquela ocasião, o Ministro Ricardo Lewandowski apontou de maneira muito precisa que o Tribunal estava a colocar-se diante de um dilema: se era verdade que o inciso X, do art. 52, da Carta de 1988 teria se tornado anacrônico, como supor que anacrônico também não teria se convertido o dispositivo a prever a própria súmula vinculante? De fato, se a decisão tomada em sede de fiscalização concreta equivalesse à decisão prolatada em fiscalização abstrata, o próprio instituto da súmula vinculante perderia razão de ser. Isso porque seria redundante editar um verbete para emprestar força obrigatória geral à decisão tomada pelo tribunal se dela já decorresse naturalmente essa mesma eficácia. No final das contas, o Tribunal estaria a jogar “na cesta do lixo” o art. 103-A da Constituição Federal¹²³⁶.

Por outro lado, é fato que a ampliação das modalidades de controle abstrato terminou por debilitar de maneira incontornável a aplicabilidade prática do dispositivo constitucional a autorizar o Senado Federal a suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF¹²³⁷. Ele, que nascera com a pretensão confessa de conferir eficácia *erga omnes* a qualquer decisão do STF, agora vê-se na difícil circunstância de ser encarado como instrumento obsoleto, com fundamentação “exclusivamente histórica”¹²³⁸. Mas daí a tê-lo como revogado tacitamente vai uma grande distância.

¹²³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e a mutação constitucional: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In MENDES, Gilmar Ferreira; e MORAIS, Carlos Blanco de (orgs). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 203-205.

¹²³⁶ Cf. voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Rcl. nº. 4.335/AC.

¹²³⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial**, cit., p. 67.

¹²³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 1159.

Fora isso, é no mínimo duvidoso que se possa emprestar à repercussão geral e à súmula vinculante patamares eficaciais superiores aos da resolução do Senado Federal. Caso se admita essa possibilidade, ter-se-ia de admitir *ipso iure* que as normas constitucionais aprovadas pelo poder constituinte derivado – que aprovou a EC nº. 45/2004 – teriam força maior do que as próprias normas do poder constituinte originário – que introduziu o art. 52, inc. X, no texto constitucional original. A absurdez dessa conclusão denuncia seu evidente desacerto.

III.2.5 A discrepância na sistemática de julgamento

Outra perplexidade advinda desses novos mecanismos diz respeito à virtual impossibilidade de decisão monocrática negativa de seguimento nas causas desprovidas de repercussão geral.

Com efeito, a Constituição exige quórum de 2/3 dos ministros do Supremo para recusar a existência de repercussão geral no caso. Por outro lado, uma das hipóteses que encerra inexistência de repercussão geral reconduz-se justamente à “existência (remota) de súmula vinculante”¹²³⁹. Nesses casos, tanto o antigo¹²⁴⁰ como o Novo Código de Processo Civil¹²⁴¹ admitem que o relator julgue monocraticamente o recurso, provendo-o ou improvendo-o de maneira a adequá-lo ao verbete sumular¹²⁴².

Doravante, essa hipótese não pode ser mais admitida, visto que a recusa da repercussão geral só pode ocorrer mediante manifestação contrária de maioria qualificada do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, isso significa que o recurso interposto pela parte poderá ser julgado de maneira individual pelo relator se for o caso de conhecê-lo e provê-lo. Mas, se a decisão for no sentido de rejeitar liminarmente o recurso, essa decisão somente poderá ser tomada pelo conjunto do colegiado. Trata-se de tratamento diferenciado que não encontra o mais remoto apoio no texto constitucional.

III.3 Críticas à súmula vinculante

¹²³⁹ TAVARES, André Ramos. Perplexidades do Novo Instituto da Súmula Vinculante no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, julho/agosto/setembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 22 de mar. de 2016.

¹²⁴⁰ Cf. art. 557 do antigo CPC.

¹²⁴¹ Cf. art. 932 do Novo Código de Processo Civil.

¹²⁴² Sobre o tema, cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., p. 1976-1983.

A par das incongruências de ordem prática e sistêmica, há também vários contratempos de caráter dogmático a rondar o instituto da súmula vinculante. E, dentre eles, nenhum é maior do que sua questionável compatibilidade com o texto constitucional vigente. É dizer: estaria o instituto da súmula vinculante em confronto com o núcleo duro da Constituição Federal e, portanto, seria com ele incompatível? Ou, de forma mais sintética, seria o mecanismo da súmula vinculante *inconstitucional*?

Não se trata de resposta que se possa oferecer em poucas palavras. Há mesmo quem se manifeste radicalmente contra qualquer espécie de efeito vinculante¹²⁴³ e até quem não se mostre infenso ao efeito vinculante em teoria, mas apenas ao modo com o qual foi desenhado no sistema brasileiro¹²⁴⁴. Afinal, não seria viável ao ordenamento receber cada novo caso como se fosse algo inteiramente novo, volvendo a repisá-lo em todas as suas nuances. O primado do *rule of law* consiste exatamente na continuidade do respeito pelo entendimento jurisprudencial, algo indispensável por definição¹²⁴⁵. A rigor, o efeito vinculante é uma qualidade diferencial das decisões da Justiça Constitucional. Ele permite que o dispositivo vá “além da coisa julgada”, pois vincula não somente as partes no processo, mas também os demais órgãos do Judiciário e também os entes da Administração Direta e Indireta¹²⁴⁶. O efeito vinculante seria, em suma, “um *plus* em relação à coisa julgada *erga omnes* própria das decisões de controle em via principal”¹²⁴⁷.

Na verdade, a eficácia vinculante parece dispensar a subsequente eficácia *erga omnes*, pois não “parece que essa eficácia geral, semelhante à força de lei, acrescente consequência relevante não compreendida no efeito vinculante”¹²⁴⁸. Mesmo que se compreendesse a eficácia vinculante como a força obrigatória presente nas decisões de controle do direito alemão – “a chamada *bindungswirkung*” – da qual exsurge também a vinculação aos fundamentos da decisão, o fato é que “a força obrigatória da fundamentação das decisões de controle de constitucionalidade não se ajusta, confortavelmente, a sistemas de índole jurisdicional”, sendo mais razoável compreendê-lo no âmbito de um “controle político-preventivo judicialiforme, de padrão francês”¹²⁴⁹.

Em sentido contrário, pode-se argumentar que a “autonomização entre os dois institutos” não é de todo despicienda, pois a eficácia *erga omnes* implicaria a

¹²⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 62-65.

¹²⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas do direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 245.

¹²⁴⁵ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 91.

¹²⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 561.

¹²⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade**, cit., p. 287.

¹²⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 561.

¹²⁴⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade**, cit., p. 291-293.

“obrigatoriedade da componente dispositiva da sentença”, enquanto o efeito vinculante tornaria impositiva “a interpretação que motiva a decisão”¹²⁵⁰. Em outras palavras, a eficácia vinculante significaria um “*quid pluris* em relação à força obrigatória”, pois projetaria “uma parcela dessa força para além do dispositivo da sentença, de forma abranger também a *ratio decidendi*”¹²⁵¹.

Seja como for, é possível atestar eventuais conflitos da súmula vinculante com pelo menos três princípios basilares da Carta de 1988: o princípio da legalidade, o princípio da independência funcional do juiz e o princípio da separação de poderes. Tratam-se de três princípios fundamentais da República, constituindo todos, sem distinção, cláusulas pétreas de nosso texto constitucional¹²⁵².

Vejamos, então, como se manifestam esses conflitos e se há base jurídica para aqueles que criticam o mecanismo da súmula vinculante sob esse viés.

III.3.1 Súmula vinculante x independência funcional do juiz

III.3.1.1 Argumentos contrários

A primeira questão que salta aos olhos em relação à súmula vinculante diz respeito a seu eventual conflito com um dos princípios mais basilares de nosso sistema judicial: a *independência funcional do julgador*¹²⁵³.

Como se sabe, a independência funcional do julgador constitui princípio dos mais fundamentais na estruturação do Poder Judiciário. É através dele que se garante ao magistrado exercer seu ofício longe das pressões da malta ou do governante de plantão. Respeitando-se as diretivas legais, o juiz decide de acordo com sua própria consciência, segundo juízo fundamentado que faça acerca dos fatos e das normas que se aplicam ao caso¹²⁵⁴. Trata-se de uma “necessidade da liberdade individual”, de modo a que os órgãos judiciais disponham de autonomia suficiente para decidir “inclusive contra o governo e contra a administração”¹²⁵⁵.

Na forma com a qual foi estruturada pelo constituinte de 1988, a independência funcional do juiz atua em duas frentes. Em primeiro lugar, ela funciona

¹²⁵⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t.2, cit., p. 291.

¹²⁵¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t.2, cit., p. 291.

¹²⁵² Cf. art. 60, §4º, da Constituição Federal de 1988.

¹²⁵³ TAVARES, André Ramos. **O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**, cit., p. 343.

¹²⁵⁴ ROCHA, José de Albuquerque. Op. Cit., p. 148-149.

¹²⁵⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 274.

como salvaguarda *interna corporis*, impedindo a tutela das decisões judiciais das instâncias inferiores por parte dos tribunais superiores. Assim, um tribunal estadual, por exemplo, não pode interferir no conteúdo da decisão de um juiz a pretexto de que decida de acordo com aquilo que o tribunal entenda ser o correto. Controle, se houver, será *a posteriori*, por meio dos recursos existentes na legislação processual. O julgador de 1º grau, portanto, não se sujeita, nem administrativa nem disciplinarmente, ao entendimento do órgão judiciário ao qual está vinculado, dispondo de ampla liberdade para decidir da forma como julgar mais correto, cortesia das garantias de vitaliciedade e de inamovibilidade, excepcionáveis apenas nas hipóteses constitucionalmente permitidas¹²⁵⁶. Em segundo lugar, o princípio da independência funcional do juiz manifesta-se *externa corporis*. Nessa vertente, a independência funciona como obstáculo à interferência dos demais poderes e – por que não dizer? – da própria população na atuação judicante. Ao julgar processos, os juízes não devem obediência senão à própria convicção. Eis a razão pela qual os juízes gozam da garantia da irredutibilidade de subsídios¹²⁵⁷ e aos próprios tribunais assegura-se autonomia administrativa e financeira¹²⁵⁸. Trata-se, portanto, de garantia última da independência do próprio Poder Judiciário, dentro do concerto da separação de poderes.

Nessa quadra, discute-se se o novo instituto da súmula vinculante não implicaria, de forma transversa, interferência na independência funcional dos juízes. Há quem diga, por exemplo, que “nenhuma razão ou pretexto se presta a justificar essa manifestação de totalitarismo”, pois “nenhuma lógica pode sustentar” essa interferência, que, “afinal, há de agravar ainda mais a crise do direito oficial, em nada contribuindo à restauração da sua eficácia”¹²⁵⁹. Embora seja inegável que a súmula vinculante constitua um avanço na direção da isonomia judicial, por outro lado não há como ignorar que ela também representa um “mecanismo otimizador da estagnação da jurisprudência”, funcionando como “fator repressivo e inibidor do talento construtivo” da magistratura¹²⁶⁰.

¹²⁵⁶ No caso da vitaliciedade, o juiz somente perderá o cargo após sentença penal condenatória transitada em julgado. No caso da inamovibilidade, o juiz somente poderá ser removido contra sua vontade por manifestação fundamentada da maioria absoluta do tribunal ao qual estiver vinculado ou do Conselho Nacional de Justiça. Cf. art. 95, incs. I e II, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 278.

¹²⁵⁷ Cf. art. 95, inc. III, da Constituição Federal de 1988.

¹²⁵⁸ Cf. art. 99 da Constituição Federal de 1988.

¹²⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e normativa do direito oficial: o chamado ‘efeito vinculante’. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, ano 1, nº3., maio/out 1997, p. 78.

¹²⁶⁰ CAGGIANO, Monica Herman. Op. Cit., p. 194.

Do ponto de vista histórico, o instrumento não representa propriamente uma novidade. Desde o Supremo Tribunal de Justiça do Brasil Império o país convivía com súmulas editadas pelos mais diversos tribunais, sendo estas nada mais do que a representação enunciativa de entendimento já fixado pelo órgão judicante em casos anteriores. As súmulas dos tribunais, portanto, representavam, a um só tempo, a consolidação de um entendimento passado – “decidimos desta maneira” – e a projeção de um comportamento futuro – “logo, todos devem se comportar conforme esse entendimento”¹²⁶¹.

Sob essa perspectiva, considerando que o verbete emanado pelo Supremo Tribunal Federal obriga as instâncias inferiores a seguir o entendimento sumulado, não estaria sendo cerceada a liberdade de pensamento do julgador, de decidir de acordo com seu livre convencimento motivado? Ou, mais especificamente, a instituição da súmula vinculante reduziria o papel dos demais juízes do país à “boca do Tribunal Constitucional”¹²⁶²?

De fato, a natureza dual das súmulas sempre foi matéria controvertida na práxis jurídica. Se por um lado elas funcionavam como instrumento de consolidação jurisprudencial, por outro sua função prospectiva nem sempre era bem compreendida ou bem aceita pelos órgãos jurisdicionais inferiores. Muitos eram os casos em que juízes de 1º grau encontravam uma forma de seguir orientação diversa da espelhada no verbete sumular, quando não simplesmente o ignoravam para prolatar decisão diametralmente oposta àquela imaginada pela súmula. Esse comportamento, digamos, “rebelde” das instâncias judiciais vinculadas ao tribunal prolator da súmula fundamentava-se na visão de que os enunciados sumulares não eram outra coisa senão tentativa indisfarçada de “engessamento” do pensamento pretoriano¹²⁶³. Sob essa ótica, as súmulas não seriam exatamente modelos a serem seguidos, mas baluartes a serem derrubados¹²⁶⁴.

Para a corrente que a critica, a súmula vinculante corrobora uma “visão de um processo de blindagem do Poder Judiciário, bloqueando o acesso a uma solução

¹²⁶¹ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 103.

¹²⁶² TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 103.

¹²⁶³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 309.

¹²⁶⁴ Convém destacar que o conflito entre instâncias judiciais acerca da vinculação imposta pelas súmulas remonta ao Brasil Colônia, quando os Tribunais de Relação deixavam de observar os assentos fixados pela Casa de Suplicação e, às vezes, propunham novos assentos em sentido oposto ao fixado no verbete sumular daquela Corte. O dissenso só veio a ser superado em 1769, com a edição da Lei da Boa Razão, que reconheceu a primazia dos assentos da Casa da Suplicação sobre quaisquer outros, atribuindo-lhes força de lei. Nesse sentido, cf. FRANÇA, Giovane de Azevedo. **A súmula vinculante e a transcendência normativa das decisões da jurisdição constitucional brasileiro**, cit., p. 65.

judicial dos litígios”¹²⁶⁵. Isso ofenderia o princípio da inafastabilidade da jurisdição, na medida em que “inicia um pernicioso percurso de petrificação do Direito, propiciando, assim, uma involução do próprio direito constitucional, que avança por força da construção jurisprudencial produzida em panorama de controle de constitucionalidade”¹²⁶⁶. Para além disso, especialmente nas hipóteses de interpretação conforme a Constituição, essa circunstância aniquilaria o “poder dos juízes ordinários”, na medida em que a imposição da interpretação adotada pelo STF importaria uma “petrificação do direito”, da qual decorreria indesejada “automatização do poder jurisdicional”¹²⁶⁷.

Analisando hipótese semelhante havida no ordenamento lusitano (o instituto dos *assentos*), Castanheira Neves assevera que, ao atribuir-se “aos supremos tribunais a prerrogativa de fixar de uma forma normativamente genérica e obrigatória”, expressa no sentido de como a lei deve ser entendida ou aplicada, “ainda que o fosse apenas para os tribunais hierarquicamente subordinados”, haveria aí “não só uma mediação”, mas até mesmo “eventual interposição intencional que justamente a independência judicial se propunha impedir”. Fora isso, ao estabelecer a primazia interpretativa das cortes superiores, estar-se-ia abrindo a possibilidade para que o Poder Judiciário terminasse por reduzir-se a “uma unidade funcionalmente hierarquizada”, algo indesejável no esquema de tripartição funcional arquitetado pelo constituinte¹²⁶⁸.

Verdadeiramente, a dinâmica desse ponto deve ser entendida como um duelo de “*arestos* com os *assentos*”. No primeiro caso, o que há são decisões proferidas em casos concretos, destinados a resolver um litígio entre partes determinadas. No segundo, não há qualquer pretensão de solução de lides “*hic et nunc*”, mas, sim, de determinar-se a “*inteligência das leis*”, quando de sua execução decorrem dúvidas quanto ao alcance de sua interpretação. Por isso mesmo, pode-se afirmar que “os *arestos* mantêm o Poder Judiciário na esfera de suas atribuições”. Mas, no lado contrário, “os *assentos* são leis” e, por essa razão, não se conformam com o ordenamento brasileiro¹²⁶⁹.

III.3.1.2 Argumentos favoráveis

¹²⁶⁵ CAGGIANO, Monica Herman. Op. Cit., p. 196.

¹²⁶⁶ CAGGIANO, Monica Herman. Op. Cit., p. 196.

¹²⁶⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 297.

¹²⁶⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 111. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹²⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 559. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

III.3.1.2.1 A necessidade de coerência sistêmica

A rigor, desde o Império discutia-se a possibilidade de entronização das decisões dos tribunais superiores, de modo a adotar uma interpretação única que vinculasse a todos. Àquela altura, o senador José Thomaz Nabuco de Araújo (avô do abolicionista e estadista Joaquim Nabuco) apresentou um projeto de lei visando a conferir à mais alta corte de justiça do país – então o Supremo Tribunal de Justiça – a prerrogativa de impor suas decisões definitivas aos tribunais inferiores, pois, na sua visão, constituía uma anomalia que juízos inferiores pudessem decidir contrariamente ao que determinara o mais alto tribunal do Império. O propósito, portanto, seria fazer com que o Supremo Tribunal de Justiça tomasse assentos “com a mesma latitude e ao mesmo tempo as mesmas limitações que os da antiga Casa de Suplicação, aos quais era atribuída força de lei”. Essa alternativa, contudo, foi rejeitada pelo Conselho de Estado, ao abrigo de que a atribuição de tais poderes ao Supremo Tribunal de Justiça resultaria numa “subversão dos princípios de direito público”, pois o único ente autorizado a operar interpretação autêntica da norma era o Parlamento, não o Judiciário¹²⁷⁰.

Com efeito, tal qual várias outras disposições constitucionais, o princípio da independência funcional do juiz não deve ser encarado de forma absoluta, um obstáculo intransponível diante do qual o hermeneuta deve ajoelhar-se e prestar reverência¹²⁷¹. Se por um lado essa prerrogativa garante razoável margem de discricionariedade quanto à resolução do caso concreto, por outro não autoriza o julgador a transformar o processo judicial em laboratório de suas próprias convicções pessoais. Do contrário, o exercício da jurisdição abandonaria o campo da ciência jurídica para precipitar-se no tão indesejado *caos decisionista*¹²⁷².

Pese o juiz brasileiro não estar jungido ao precedente da mesma forma que estaria, por exemplo, um juiz norte-americano, é de todo inverossímil argumentar que os precedentes possam constituir uma “categoria jurídico-processual estranha ao direito pátrio”, cujo enunciado teria apenas “força meramente persuasiva”¹²⁷³.

Na verdade, a súmula vinculante não constitui qualquer obstáculo à livre atuação judicial, nem representa ameaça à independência funcional dos juízes. Não se trata

¹²⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 559.

¹²⁷¹ Nesse sentido, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 298 e ss.

¹²⁷² STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 230.

¹²⁷³ KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 5.

de estabelecer um esquema interpretativo nos moldes de uma “camisa-de-força”, afastando dos julgadores a possibilidade de decidir segundo seu livre convencimento, de acordo com a regra da persuasão racional do juiz¹²⁷⁴. Trata-se somente de reconhecer à jurisdição constitucional exercida pelo STF a primazia na tarefa de interpretação da obra do constituinte. Considerando que lhe compete precipuamente a “guarda da Constituição”¹²⁷⁵, a determinação de obrigatoriedade de obediência à sua interpretação nada mais é do que respeitar o esquema de distribuição funcional do Poder Judiciário. É dizer: uma vez que cabe ao Supremo a última – e, em alguns casos, a *única* – palavra em matéria de interpretação da Constituição, nada mais justo do que se reconhecer a ele a preeminência nesse particular. O objetivo da súmula vinculante, sem dúvida, é eliminar as indesejadas antinomias do sistema, sempre em busca da coerência, objetivo maior de qualquer ordenamento jurídico¹²⁷⁶.

III.3.1.2.2 A súmula como instrumento de acerto do direito

Em verdade, não há como conceber violação ao princípio da independência funcional dos juízes quando a Constituição comete ao Supremo Tribunal Federal a competência para o “acerto do direito objetivo”, sem que para isso incorra em qualquer modo de violação do pensamento dos demais juízes do país¹²⁷⁷. Se por um lado imaginar que a fixação de interpretação do texto constitucional pelo Supremo poderia violar a independência funcional dos magistrados, pensar que os juízes de todo o país poderiam sobrepor sua interpretação à do próprio STF encerraria violência ainda maior. De mais a mais, há de reconhecer-se também que o sistema de fiscalização de constitucionalidade brasileiro opera, já há algum tempo, dentro de uma lógica de vinculação dos juízos ordinários às decisões do Supremo Tribunal Federal. É o que ocorre, à toda evidência, com as ações de controle abstrato de normas (Adin, ADC e ADPF), cujos efeitos manifestam-se *erga omnes* e com eficácia vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e da própria Administração Pública.

¹²⁷⁴ LOR, Encarnación Alfonso. **Súmula vinculante e repercussão geral: novos institutos de direito processual constitucional**. São Paulo: RT, 2009, p. 132.

¹²⁷⁵ Cf. art. 102 da Constituição Federal de 1988.

¹²⁷⁶ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 102.

¹²⁷⁷ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Jurisprudência e precedente vinculante – Uniformização no STF e no STJ. In ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coords.) **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 327.

Se de fato se reconhecesse que o caráter vinculante dos verbetes sumulares aprovados por quórum qualificado do STF seria inconstitucional, seria forçoso reconhecer que também o próprio efeito vinculante emprestado às ações de controle abstrato estaria inquinado de inconstitucionalidade. Não se poderia, sob um mesmo ângulo, admitir que o Supremo poderia atribuir eficácia vinculante a decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata, mas não poderia emprestar igual efeito a suas súmulas. A despeito da resistência de alguns¹²⁷⁸, tal característica conta com ampla aceitação doutrinária¹²⁷⁹.

III.3.1.2.3 A operação de verificação

Deve-se destacar que, apesar de seu caráter vinculante, assegura-se ao magistrado certa margem de atuação para decidir sobre sua aplicação ao caso concreto. Isso se dá designadamente por conta da chamada “operação de verificação”, segundo a qual o intérprete associa algum comando normativo, subsumindo-o ao processo individual. Ademais, a própria súmula, uma vez expressa em linguagem, abandona o campo da abstração e ingressa como objeto a ser estudado pela ciência, sujeitando-se, pois, a interpretações quanto ao seu propósito e alcance¹²⁸⁰. Contrapor-se a isso seria “ignorar a diferença hermenêutica que existe entre texto e norma”¹²⁸¹.

Efetivamente, compete a cada magistrado, analisando o caso concreto, concluir pela aplicabilidade ou não do enunciado vinculante. Pode-se até mesmo “apontar novos pontos característicos que não se encontram analisados na Súmula”, apontando para a necessidade de evolução do entendimento, providência em tudo similar à sistemática norte-americana do *distinguishing*, de acordo com a qual opera-se a distinção entre o caso analisado e o precedente paradigmático, “para demonstrar que não é o caso de aplicação de determinado precedente na hipótese em julgamento”¹²⁸². É essa característica que afasta por completo a possibilidade de mácula à independência funcional do julgador. Se a própria Constituição lhe assegura a possibilidade de afastar-se da orientação sumular, “desde que conformada com a justificação de que no caso que se quer afastar as premissas

¹²⁷⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. Cit., p. 803.

¹²⁷⁹ Como assevera o Prof. Blanco de Moraes, a eficácia vinculante “emerge automaticamente das decisões jurisdicionais em matéria de constitucionalidade tomadas pelo STF em controle abstracto” (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 301).

¹²⁸⁰ TAVARES, André Ramos. **O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**, cit., p. 344.

¹²⁸¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1428.

¹²⁸² MORAES, Alexandre de. **As súmulas vinculantes e a necessidade de limites ao ativismo judicial**, cit., p. 133.

fáticas e jurídicas são outras”, não há como admitir que seu entendimento esteja plenamente jungido ao fixado pelo Supremo Tribunal Federal¹²⁸³. Vinculação e independência condensam, pois, determinações claramente conciliáveis.

III.3.1.2.4 A inexistência de engessamento do pensamento jurisprudencial

Tampouco comove o argumento de que a súmula vinculante constituiria forma de “engessamento” da jurisprudência dos tribunais, violando, de maneira transversa, a independência dos magistrados¹²⁸⁴. Argumenta-se que a vinculação das instâncias inferiores à interpretação definida pelo Supremo Tribunal Federal amarraria o entendimento da matéria, cristalizando-o de maneira irreversível, a tal ponto que tornaria inviável qualquer discussão que visasse a adaptá-la a novas circunstâncias e a novos tempos¹²⁸⁵. Nos Estados Unidos, por exemplo, os precedentes podem muito bem ser superados através do mecanismo de *overruling*. E, no caso brasileiro, a possibilidade de mudança torna-se ainda mais clara, visto que decorre de autorizativo previsto de maneira expressa na Constituição¹²⁸⁶.

Nessa perspectiva, a possível “rigidificação” do pensamento jurisprudencial deve ser encarada “na sua real dimensão e relevância”¹²⁸⁷. Aliás, o risco de “engessamento” jurisprudencial revela-se intrínseco a todo e qualquer sistema judicial estruturado da forma com a qual foi moldado o sistema brasileiro, isto é, com um Tribunal de cúpula no ápice da pirâmide a exercer o poder de controle e a zelar pela uniformidade das decisões emanadas dos tribunais inferiores. Cuida-se de ameaça inerente ao próprio sistema, haja ou não súmula com eficácia vinculante.

A rigor, mesmo antes da súmula vinculante o Brasil vivia a esquizofrenia de uma jurisprudência petrificada virtualmente imune a alterações de posicionamento. Cite-se, a título exemplificativo, a insistência de parte da doutrina¹²⁸⁸ e da jurisprudência dos tribunais superiores¹²⁸⁹ em negar a possibilidade de recurso ao agravo de instrumento contra liminares em mandado de segurança. Fundado na autonomia do remédio frente ao

¹²⁸³ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Op. Cit., p. 326.

¹²⁸⁴ Nesse sentido, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 72.

¹²⁸⁵ Nesse sentido, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 301.

¹²⁸⁶ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 102.

¹²⁸⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 309-310.

¹²⁸⁸ Nesse sentido, cf. ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do direito processual civil contemporâneo**. São Paulo: RT, 2001, p. 290.

¹²⁸⁹ Cf., por exemplo, STJ – I Turma. AgRg no Ag 1.432.972/PR. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Julgado em 10.6.14, publicada no DJ de 20.6.14.

CPC de 1939, o entendimento acerca do não cabimento dessa modalidade recursal perdurou por mais de trinta anos, mesmo depois do advento do CPC de 1973, que adotara a ampla recorribilidade em matéria de decisões interlocutórias. Tal era a sedimentação do pensamento que, apesar da reversão de posicionamento do STJ¹²⁹⁰, ainda havia tribunais do país que negavam seguimento a agravos interpostos nesses casos¹²⁹¹. Foi necessário que o legislador interviesse e previsse expressamente o cabimento do recurso para que a controvérsia fosse enfim superada¹²⁹². Sob esse prisma, não há razão para culpar a súmula vinculante por um problema histórico da jurisprudência brasileira.

III.3.1.2.5 A precedência do STF na fiscalização da constitucionalidade

A isso acresce que a independência judicial estrutura-se como via de mão dupla. É dizer: do mesmo modo que os juízes de 1º grau são independentes para formular as decisões que entenderem corretas, também o Supremo Tribunal Federal dispõe de igual margem de liberdade para decidir qual seja a interpretação mais fidedigna do texto constitucional. O entendimento segundo o qual o verbete sumular com eficácia vinculante implica cerceamento da independência judicial tende a enxergar a questão apenas pela óptica dos juízos ordinários, descurando que também o STF possui independência para julgar. Trata-se, no fundo, de uma questão de cunho funcional. Estabelecida a competência do Supremo para dar a última palavra em matéria de interpretação da Constituição, nada mais natural do que entender que somente ele – e mais nenhum outro tribunal – possa determinar, definitivamente, qual será a exegese a ser seguida do texto constitucional.

Convém sempre destacar que, por mais limitados que estejam os tribunais comuns pela eficácia vinculante das súmulas do Supremo, “isso não significa que percam a sua independência”. Do ponto de vista estrutural, não há qualquer razão a justificar a admiração com o fato de a mais alta corte do país dispor do poder de impor a sua interpretação aos os juízos ordinários. Muito pelo contrário. Estranho seria concluir o inverso, isto é, que os tribunais inferiores não estivessem obrigados a “acatar critérios de decisão de um tribunal de hierarquia superior”¹²⁹³.

¹²⁹⁰ Cf. STJ – Corte Especial. EREsp 150.086/PR. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Julgado em 19.6.06, publicado no DJ de 21.8.06.

¹²⁹¹ Cf., por exemplo, decisão do TJSP – III Câmara de Direito Público. AI nº. 9276845800. Relator: Des. Magalhães Coelho. Julgado em 10.6.09, publicado no DJ de 21.7.09.

¹²⁹² Cf. art. 7º, §1º, da Lei nº. 12.016/09.

¹²⁹³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 310. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

III.3.1.2.6 Conclusão

Bem se vê, portanto, que o instituto da súmula vinculante está longe de macular o princípio da imparcialidade.

É certo que, por trás desse aparente dissenso conceitual acerca das implicações práticas das súmulas dos tribunais, encontra-se latente uma batalha surda pelo poder jurisprudencial. Uma vez que não vigora no Brasil um modelo hierárquico *stricto sensu* de sistema judicial, os juízes de 1º e os tribunais locais costumam auto-afirmar-se através da negativa de chancela ao entendimento já fixado pelos tribunais superiores. A estes, por sua vez, apetece-lhes repisar de forma quase mecânica os entendimentos já assentados, de maneira a reafirmar seu poder revisional sobre as instâncias inferiores. No meio dessa batalha, o cidadão acaba por perder a noção de direito como uma “ordem sistêmica de carácter lógico e axiológico”, pois o sistema judicial não pode se reconduzir a uma “constelação incontrolável e auto-reflexiva de micro poderes” que, opostos entre si, rejeitam, “em nome da independência de cada tribunal”, as decisões tomadas pelas “instâncias superiores”¹²⁹⁴.

Em resumo, não se verifica qualquer incompatibilidade da súmula vinculante com o princípio da independência funcional dos juízes. Inconstitucionalidades, se há, devem ser enxergadas por outro prisma, não sob o ângulo dessa garantia outorgada pelo constituinte à judicatura.

III.3.2 Súmula vinculante x princípio da legalidade

III.3.2.1 Súmula vinculante x tipicidade legislativa

O segundo conflito aparente do instituto da súmula vinculante com o núcleo duro da Constituição manifesta-se quando se confronta o novel mecanismo com o princípio da legalidade. Nesse sentido, a atividade *quasi* legiferante por parte Poder Judiciário implicaria, obliquamente, em violação ao princípio da legalidade¹²⁹⁵. Mais do que isso. A introdução de semelhante mecanismo resultaria em um suposto contrassenso,

¹²⁹⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 310.

¹²⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **As decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos**, cit., p. 213.

ao atribuir-se força obrigatória geral às súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, as decisões tomadas pelo próprio constituinte não dispõem, ao menos não expressamente, de igual força. Logo, “escandalosa e paradoxalmente”, as decisões da jurisdição constitucional estariam situadas em patamar superior ao das próprias normas por ela interpretadas¹²⁹⁶. Eis, portanto, o dilema: haveria “incompatibilidade genética entre a regra do precedente e as súmulas postas no interior de um sistema romano-germânico como o brasileiro”¹²⁹⁷?

A questão não se apresenta de fácil resolução.

Em princípio, há de recordar-se que a competência para o processo legislativo radica no Congresso Nacional, envolvendo a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, ordinárias, delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções¹²⁹⁸. Disso resultam duas conclusões: primeiro, a tarefa de produção de normas com conteúdo geral e abstrato constitui *monopólio* do Poder Legislativo¹²⁹⁹; segundo, os atos legislativos passíveis de abstração e generalidade são somente aqueles previstos de forma expressa na Constituição (princípio da *tipicidade* legislativa)¹³⁰⁰. Logo, qualquer hipótese de produção de atos normativos primários que não sejam oriundos do Congresso Nacional ou que não encontrem enquadramento no rol exaustivo da Constituição será hipótese estranha ao esquema legiferante previsto pelo constituinte e, portanto, inconstitucional.

Ocorre que, assim como em vários outros domínios da vida nacional, também aqui o fenômeno do “arrastamento” faz-se presente. Uma análise retrospectiva permite concluir que grande parte das competências atuais do STF não encontra eco no texto constitucional, mas, sim, deriva de “ousadas interpretações que o foram gradualmente engrandecendo”. Essas mesmas interpretações acabaram por arrastar “o legislador a formalizar, em lei constitucional e ordinária algumas delas”¹³⁰¹.

Não basta, portanto, investigar-se o problema sob uma perspectiva atual da legislação. É necessário identificar as origens de determinadas alterações para saber se houve ou não embasamento jurídico à iniciativa.

¹²⁹⁶ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 104.

¹²⁹⁷ Para o registro histórico, cf. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. p. 1427.

¹²⁹⁸ Cf. art. 59 da Constituição Federal de 1988.

¹²⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 528 e ss.

¹³⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 423.

¹³⁰¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 414.

III.3.2.2 Súmula vinculante x vinculação de particulares

Há, evidentemente, quem defenda que a súmula vinculante não implica, sob essa óptica, qualquer inconstitucionalidade. Para os advogados dos verbetes sumulares, o mecanismo não seria dotado de “eficácia geral”, pois “só vincula os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública”. Em outras palavras, isso significa dizer que a súmula vinculante “não vincula diretamente os particulares”. E, não tendo eficácia contra todos, não poderia ter “força de lei”¹³⁰².

O argumento, contudo, revela-se falacioso. Sem embargo de o texto constitucional não enunciar de forma expressa a fórmula de que as decisões com eficácia vinculante “aplicam-se também aos particulares”, parece claro que esse efeito é consequência natural de uma interpretação sistemática da Carta de 1988. O simples fato de ser possível, numa contenda estritamente entre particulares, o ajuizamento da reclamação constitucional diretamente no Supremo Tribunal Federal desmente de forma categórica essa afirmação.

Em verdade, as súmula vinculantes implicam uma atividade *paralegislativa*¹³⁰³, para dizer o mínimo. À semelhança do Congresso Nacional, o STF decreta normas cuja vigência dá-se de imediato, dispensada a sanção do Presidente da República e, com isso, impõe aos demais poderes e aos órgãos judiciários a ele subordinados o seu respeito. Desse modo, é no mínimo discutível entender que “os particulares não estão sujeitos às súmulas vinculantes”, pois “não são obrigados a se conduzir na forma por elas determinada”. Eles não podem “desobedecer a elas sem que isso implique sanção”¹³⁰⁴. Caso os verbetes sumulares não sejam espontaneamente seguidos, abre-se a via da reclamação para sindicá-lo o seu descumprimento, independentemente de processo judicial prévio.

Trata-se, como se vê, de variante do modelo do *stare decisis*, típico dos sistemas britânico e estadunidense. No modelo justicialista de matriz anglo-saxônica, o precedente assenta uma primeira decisão judicial sobre a matéria (*leading case*)¹³⁰⁵. A partir daí, o precedente funciona como fonte, a fim de estabelecer um critério indutivo de

¹³⁰² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 562. No mesmo sentido, cf. CAGGIANO, Monica Herman. Op. Cit., p. 193.

¹³⁰³ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 418.

¹³⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 562.

¹³⁰⁵ FARNSWORTH, E. Allan. Op. Cit., p. 58.

diretrizes que servirão ao julgamento de outros casos similares. Por isso mesmo, nesse esquema funcional o precedente judicial é, por sua própria natureza, *vinculante*¹³⁰⁶.

Todavia, tanto no modelo inglês quanto no modelo norte-americano, a vinculação dos juízos aos precedentes judiciais constitui-se em necessidade mesma do sistema. No primeiro caso, trata-se de decorrência natural do sistema de *common law*. No segundo, de prerrogativa ínsita do sistema judicialista. Em ambos, a precedência da lei formal cede passo a outras fontes criativas de Direito, como o costume e as decisões judiciais. Em um sistema romano-germânico como o brasileiro, essa necessidade não se exterioriza, dado que as normas aprovadas pelo Parlamento são dotadas de ampla obrigatoriedade. Trata-se, portanto, de indesejável mescla, vez que nosso sistema baseia-se na primazia da lei, não das decisões judiciais¹³⁰⁷.

III.3.2.3. Súmula vinculante x criação de direito

Em sentido contrário, há quem defenda que a decisão normativa geral do STF não representa “uma função criadora de direito inexistente, mas uma criativa utilização do ordenamento jurídico para implementação de um direito positivado na Constituição”¹³⁰⁸. Mas, ao fim e ao cabo, é exatamente “criar direito inexistente” o que a Suprema Corte produz. No fundo, o recurso à interpretação da norma constitucional serve apenas de “pretexto para, sob a sua capa, o juiz constitucional criar direito, criar novas normas sem qualquer arrimo no enunciado linguístico interpretado”¹³⁰⁹.

Há, ainda, casos mais radicais, em que se predica ser falsa a idéia de que “só o Legislativo cria Direito”. Essa “concepção iluminista da lei” estaria atrelada a uma noção essencialmente mecânica do poder judicial. A considerar que o julgador estaria jungido aos limites descritos pelo legislador, movendo-se em um quadro previamente descrito pela lei, a súmula teria por função fixar uma das interpretações possíveis da norma legal, afastando, por conseguinte, as demais. Todavia, o ponto de partida dessa atividade interpretativa sempre seria a lei. Nesse sentido, estaria vedada a edição de súmulas *contra legem* ou *extra legem*¹³¹⁰. Essa argumentação, entretanto, não parece convincente.

¹³⁰⁶ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 90.

¹³⁰⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 528.

¹³⁰⁸ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 111.

¹³⁰⁹ URBANO, Maria Benedita. Op. Cit., p. 418.

¹³¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 246-247.

De fato, nos sistemas jurídicos de base romana-germânica, a única coisa que vale abstrata e genericamente é a lei. Eis a razão pela qual a Constituição estabelece o princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹³¹¹. Logo, não se pode, pelo menos a princípio, estabelecer ao cidadão obrigações gerais positivas ou negativas à margem da via parlamentar¹³¹².

Sob essa ótica, parece sobretudo estranho atribuir à súmula vinculante compatibilidade com o texto constitucional. Se somente a lei em seu sentido formal dispõe de imperatividade para submeter os cidadãos a obrigações perante o Estado, como supor que o mesmo atributo possa ser estendido a medidas emanadas de um órgão judicial? Ainda que ocupe o topo da cadeia judiciária brasileira, o Supremo Tribunal Federal não perdeu – pelo menos ainda – seu caráter fundamentalmente jurisdicional. Parece defeso ao STF, a pretexto de implementar a força normativa da Constituição, impor “um conservadorismo hermenêutico globalizante, gerador de critérios normativos imutáveis e esclerosados”¹³¹³.

A rigor, no exercício da função jurisdicional, o juiz – aí incluído o STF – aplica o direito existente. Portanto, mesmo admitindo-se a sentença como *norma do caso concreto* e, no caso das decisões em controle abstrato, *normas gerais*, o juiz estará sempre jungido à análise *jurídica* da matéria¹³¹⁴. A ponderação de valores e o sopesamento de princípios para encontrar a melhor solução para o caso lacunoso serão sempre guiados por fatores *jurídicos*, definidos pelo legislador, e não a partir das concepções valorativas individuais do julgador¹³¹⁵.

Do outro lado, na atividade legislativa o legislador cria normas *jurídicas* por meio de operações de ponderação e escolha de fatores *extrajurídicos* – valores sociais, estágio de desenvolvimento do país, conveniência e oportunidade da norma, capacidade financeira da nação, opções políticas, etc. Para tanto, os legisladores recebem do povo o necessário mandato popular¹³¹⁶. Ao Supremo Tribunal Federal não socorre semelhante

¹³¹¹ Cf. art. 5º, inc. II, da Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 423 e ss.

¹³¹² ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 134.

¹³¹³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 306.

¹³¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, cit., p. 74 e ss.

¹³¹⁵ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 239.

¹³¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 86 e ss.

legitimação¹³¹⁷. Por isso mesmo, “a criação de norma geral é função típica do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário”¹³¹⁸.

No caso da súmula vinculante, está-se a outorgar ao STF a capacidade de produzir normas jurídicas, senão iguais, pelo menos de conteúdo idêntico ao das normas aprovadas pelo Parlamento. E com um detalhe perturbador: enquanto as leis derivadas do Poder Legislativo obedecem à sistemática processual legislativa amplamente descrita no texto constitucional – proposição, debate e aprovação pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, assim como sanção ou veto posterior pelo Presidente da República –, as súmulas vinculantes desconhecem qualquer procedimento particular. Basta um ato de vontade do Supremo Tribunal Federal e a “nova lei” vem a lume.

Nesse contexto, não resta dúvida de que “a outorga de força obrigatória geral a decisões dos Tribunais, seja no seu sentido negativo ou ablativo, seja, em especial, no seu sentido positivo (efeito vinculante de decisão ou criação de normas jurisprudenciais com eficácia *erga omnes*), deve integrar a reserva da Constituição”. Se o Supremo edita uma súmula que vincula os atos de todos os demais poderes ou emite uma decisão que inova no ordenamento com eficácia vinculante, estará o Tribunal exercendo “uma função normativa equiparada à actividade legislativa”. Trata-se de função que a Constituição não lhe comete e muito menos da qual se pode inferir de “seus poderes gerais de controlo”. Por isso mesmo, as exceções à regra da tripartição funcional dos poderes devem, necessariamente, encontrar guarida no texto originário da Constituição, pois “o princípio da separação de poderes se encontra garantido por uma cláusula pétrea”¹³¹⁹.

Não resta outra conclusão senão a de que a súmula vinculante viola o princípio da tipicidade legislativa, permitindo ao Supremo a edição de norma *ab novo*, à margem de qualquer processo legislativo. E, como tal, afigura-se inevitável concluir que qualquer tentativa de invasão do núcleo essencial de um poder por outro seja tida como juridicamente impossível¹³²⁰.

III.4 Súmula vinculante e mandado de injunção abstrato em face do princípio da separação de poderes

¹³¹⁷ CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 375.

¹³¹⁸ BARBI, Celso Agrícola. **Mandado de injunção**. Revista dos Tribunais, v. 637, p. 7-12. nov. 1988, p. 9.

¹³¹⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 377.

¹³²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 69.

III.4.1 Introdução

Como se pode inferir de maneira implícita do que foi exposto anteriormente, um dos grandes problemas – se não o maior – que circunda tanto a súmula vinculante como a abstratização do mandado de injunção, conferindo-se efeitos *erga omnes* a decisões concretizadoras de direitos fundamentais, reside no potencial conflito entre essas alternativas da jurisdição constitucional e o esquema de tripartição funcional do poder. Aliás, a própria noção de controle de constitucionalidade está associada desde sempre “ao princípio da separação dos poderes, pedra de toque do constitucionalismo moderno”¹³²¹.

Todavia, na medida em que se outorga ao Supremo Tribunal Federal poderes legiferantes ou, como quer parte da doutrina, *paralegislativos*¹³²², é de perguntar-se: não haveria aí mácula ao esquema de tripartição funcional, erigida à condição de cláusula pétrea pelo constituinte de 1988?¹³²³

Para poder responder de modo satisfatório a essa pergunta, é necessário antes examinar a fundo a própria construção teórica da doutrina de separação dos poderes, a fim de saber se os novos paradigmas normativos e jurisprudenciais da Suprema Corte brasileira infringem ou não o disposto no núcleo duro da Constituição.

III.4.2 Separação de poderes sob um prisma histórico

Evidentemente, “o poder não pode ser estudado à margem da história”¹³²⁴. Sob esse pressuposto, a associação entre Montesquieu e a chamada teoria da separação dos poderes está de tal maneira arraigada no inconsciente coletivo que ambos são tratados quase como sinônimos. Todavia, o político e filósofo francês não foi o inventor da doutrina da repartição funcional do poder. Ele não foi sequer “o primeiro a propô-la com o sentido, o alcance e os objetivos que classicamente lhe são assinalados”¹³²⁵. Na verdade, a idéia de separar as funções do Estado de maneira a atingir

¹³²¹ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 21.

¹³²² MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 418.

¹³²³ Cf. art. 60, §4º, inc. III, da Constituição Federal de 1988.

¹³²⁴ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 25.

¹³²⁵ PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 89.

maior eficácia no cumprimento dos seus deveres deita raízes muito mais profundas do que ordinariamente se supõe.

De início, há de assinalar-se o óbvio: não se pode repartir o poder político da Nação. Constitui noção basilar que a “repartição de poderes” reconduz-se a uma noção propedêutica, pois não se pode dividir o poder do Estado, por natureza uno e indivisível, porque o titular soberano do poder político é o próprio povo¹³²⁶.

Desde Montesquieu, no entanto, fincou-se a noção de que o modelo ideal do estado passa pela divisão do poder estatal em três funções: executiva, legislativa e judiciária¹³²⁷. A cada uma dessas funções deveria corresponder um “poder”, isto é, um conjunto de órgãos estatais designados para desempenhar preponderantemente uma única função¹³²⁸. A tripartição, portanto, manifesta-se como uma *divisão de funções* do poder estatal¹³²⁹. Por isso mesmo, inexistente qualquer regra a determinar que a repartição funcional do poder deve ser *tripartite*. Poderia muito apresentar-se “uma separação orgânica quadripartida ou pentâmera”¹³³⁰. Isso, claro, para não falar do caso particular dos tribunais constitucionais, nos sítios em que essas cortes não constituem parte integrante do Poder Judiciário.

Embora o *locus classicus* do princípio da separação de poderes reconduza-se a Montesquieu e sua célebre obra *De l'esprit des lois*, o tema passou a ocupar o tempo dos pensadores ocidentais desde a Grécia Antiga¹³³¹. A rigor, desde Aristóteles imagina-se uma estrutura através da qual se definissem os “modos de exercício do poder supremo no Estado”, naquilo que se convencionou denominar de “constituição mista”¹³³². Inspirada na “filosofia do meio-termo”, a constituição mista atribui “um valor eminentemente positivo a tudo o que constitua o justo meio entre dois extremos”¹³³³. É através desse entendimento que se concebe o meio mais seguro de assegurar uma sociedade pacífica, sem rupturas. A grande âncora por trás da separação funcional dos

¹³²⁶ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**, cit., p. 31.

¹³²⁷ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 161.

¹³²⁸ Exatamente por isso Canotilho assevera que a divisão dos poderes não é algo atinente à “divisão do poder unitário do Estado”, mas, sim, de resolver o problema do “exercício de competências dos órgãos de soberania” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 579). No mesmo sentido, cf. CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit., p. 71.

¹³²⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 41.

¹³³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 145.

¹³³¹ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit., p. 228.

¹³³² PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 31-35.

¹³³³ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 31-35.

poderes resulta, pois, da característica da discricionariedade, isto é, da vedação à invasão da discricionariedade entre um e outro poder. É isso que demarca a “linha fronteira” e constitui o “ponto de equilíbrio” de um esquema tripartite de repartição de competências¹³³⁴.

Mais de mil e quinhentos anos depois, a estruturação de um regime constitucional na Inglaterra fez avançar várias casas no entendimento acerca da repartição funcional do poder. Sob a égide da Revolução Gloriosa, passou-se a compreender que o melhor sistema seria aquele no qual “rei, lordes e comuns repartissem entre si o poder político”. Tal foi o sucesso desse esquema que a Inglaterra passou de “de um Estado estamental a um Estado constitucional” sem sofrer sequer as vicissitudes de um Estado absolutista, marca da Idade Média. Após fricções mais ou menos intensas com monarcas de tendências absolutistas, a garantia do *rule of law* foi reafirmada pela aprovação da *Petition of Right* pelo Parlamento inglês em 1628, ressaltando a supremacia da lei e a necessidade de que o próprio monarca a ela se sujeitasse¹³³⁵.

Repare-se, a esse respeito, que inicialmente o movimento constitucionalista não se desenha sob a forma de um esquema de separação funcional de poderes. A essa altura, a Constituição era compreendida como instrumento destinado não a ordenar “um qualquer tipo de poder, mas sim um poder supremo”. O propósito original dos constitucionalistas, portanto, consistia verdadeiramente em “*limitar política e juridicamente*” o poder do Estado, de modo a prevenir “formas de governo absolutistas ou tirânicas”¹³³⁶.

A aprovação da *Petition of Right*, todavia, suscitou a fúria de Charles I, então Rei da Inglaterra. Depois de sancionada a lei, Charles I deixou de convocar o Parlamento por extensos onze anos, período que passaria à história como os “*Eleven years of tyranny*”¹³³⁷. A reação, contudo, não tardou a aparecer.

Durante esses onze anos, o *Longo Parlamento* começou a bloquear as ações autocráticas de Charles I¹³³⁸, particularmente através do uso indiscriminado do

¹³³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 145.

¹³³⁵ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 47-48. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹³³⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, t. 2, cit., p. 38. Grifos do original. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹³³⁷ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 48-49.

¹³³⁸ A crise do governo de Charles I culminou com a revolução republicana de Cromwell, da qual resultou a “deposição e decapitação do monarca” (MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, t. 2, cit., p. 79).

mecanismo de *impeachment*¹³³⁹. Tal foi o empenho do *Longo Parlamento* em combater os desmandos de Charles I que houve quem comesse a questionar se a sua tirania particular não seria ainda mais deletéria do que a do absolutismo monárquico. Nascia, então, a *doutrina da separação dos poderes*¹³⁴⁰.

III.4.3 A construção dogmática da doutrina da separação dos poderes

III.4.3.1 A especialização de funções

Com efeito, a construção de uma teoria para a repartição funcional não constitui algo exclusivo da modernidade. Na realidade, a contribuição dos tempos modernos para a teoria da tripartição diz respeito somente à sua “formulação acabada”, isto é, à sua sistematização¹³⁴¹.

Expostos os riscos da concentração dos poderes do Estado em um único órgão ou pessoa, o passo seguinte seria, por óbvio, pensar numa forma de decompor o poder estatal, distribuindo-o entre vários órgãos com funções distintas, de maneira que nenhum pudesse sobrepor-se em demasia aos outros. Por isso mesmo, recomendava-se que não fossem atribuídas mais de uma função a cada poder. E não só. Cada um dos poderes deveria zelar para que não se imiscuisse “nas esferas alheias”¹³⁴².

O princípio da separação dos poderes assenta-se, pois, em dois fundamentos principais: i) a “*especialização funcional*”, no sentido de que cada um desses órgãos deve ser especializado no exercício de uma única função; e ii) “*independência orgânica*”, representando a necessidade de que “cada órgão seja efetivamente independente dos outros”, postulado que assenta na inexistência de “meios de subordinação”. Por isso mesmo, o princípio da separação de poderes é, antes de mais nada, “uma forma de organização jurídica das manifestações de poder”¹³⁴³.

III.4.3.2 Função executiva x função legislativa

¹³³⁹ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 48-49.

¹³⁴⁰ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 48-49.

¹³⁴¹ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**, cit., p. 26.

¹³⁴² BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o tribunal constitucional e a judicialização da política. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 103. p. 325-336, jan./dez. 2008, p. 327-328.

¹³⁴³ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 44. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

Nessa linha, a primeira esquematização de uma separação de poderes passou pela distinção entre as funções executivas e as funções legislativas. Desde então, fixou-se o conceito segundo o qual as leis não poderiam ser feitas por quem tivesse o dever de aplicá-las. De fato, quando se constatou serem reduzidíssimas as probabilidades de os responsáveis pela confecção das leis atuarem de maneira imparcial ao aplicá-las, a distinção entre a função Legislativa e a função Judicial tornou-se “condição *sine qua non* para a realização do *rule of law*”. Por essa razão, na sua estruturação inicial, a repartição de poderes apartou do Poder Legislativo a competência para decidir, *in concreto*, a aplicação da lei. Vigorava, pois, a máxima segundo a qual os cidadãos só poderiam ser governados por leis imparciais se os responsáveis pela sua edição não fossem, ao mesmo tempo, os encarregados por “julgar e punir as suas violações”¹³⁴⁴.

A rigor, a grande questão por trás da repartição funcional dos poderes reconduz-se à negação geral de que os órgãos judicantes possam criar regras jurídicas. Isso porque “o conceito material de jurisdição” reside justamente na conclusão de que a “atividade jurisdicional é distinta da atividade política, seja ela legislativa ou executiva”¹³⁴⁵.

III.4.3.2.1 A possibilidade de integração normativa por via judicial

Não se pode, contudo, excluir totalmente a alternativa de integração normativa pela via judicial. Em alguns casos, pode ser necessário proceder à integração das lacunas jurídicas para reconhecer pretensões desprovidas de base legal imediata. Do contrário, isso resultaria no “esvaziamento de direitos reconhecidos pela Constituição”¹³⁴⁶. Por isso mesmo, a tripartição funcional do poder impõe necessariamente um “rigoroso código de juridicidade”, a impedir a supremacia total do poder político, de modo a garantir a liberdade individual e, principalmente, comercial da burguesia¹³⁴⁷. O princípio da separação dos poderes, portanto, expressa-se “não só enquanto princípio organizatório, mas também enquanto princípio teleológico a serviço daquilo que para o direito

¹³⁴⁴ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 50-52. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹³⁴⁵ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 16.

¹³⁴⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 6ª ed. Madrid: Trota, 2005, p. 152-153.

¹³⁴⁷ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**, cit., p. 29.

constitucional liberal assumiu relevância primordial: os direitos fundamentais de liberdade”¹³⁴⁸.

Entretanto, se a componente legislativa assumiu desde logo o sentido que hoje se apresenta, destino diverso foi acometido à componente executiva. Na verdade, esta última função estava mais ligada ao que hoje se conhece como componente *judicial* do esquema de tripartição de poderes, haja vista que não havia, à época, a “noção moderna de um poder executivo-administrativo”. Na maioria dos casos, a ação estatal era exercida, de maneira fundamental, pelas cortes de justiça e pelos agentes de polícia. Logo, a atividade de *cumprimento da lei* confundia-se com a própria administração¹³⁴⁹.

III.4.3.2.2 A distinção entre poder legislativo e poder judicial

Desse modo, pode-se concluir que a repartição funcional dos poderes, tal como se concebe hoje, fundada em um esquema tripartite, conhece origens diversas tanto na separação entre a função Legislativa e a função Executiva (hoje conhecida como função Judicial), quanto na separação entre a função Judicial e aquilo que hoje se denomina função Executiva (poder administrativo do Estado). No atual estágio do “edifício do Estado de Direito formal”, a organização e a coesão social estruturam-se em torno de uma idéia de justiça que é garantida “através da lei geral e abstracta aprovada pelo órgão representativo e, em seguida, através da subordinação da Administração e do poder judicial à lei”¹³⁵⁰. E, verdade seja dita, somente a partir dos ensinamentos de Montesquieu pode-se afirmar que essa doutrina adquiriu contornos definitivos¹³⁵¹. Se antes essa distinção dava-se exclusivamente entre função Legislativa e função Executiva, Montesquieu possui o inegável mérito de acrescentar a essas duas a idéia de *função Judicial*¹³⁵².

A bem da verdade, a distinção entre o poder *legislativo* e o poder *jurisdicional* constitui a garantia última “da própria autonomia do direito; e não do direito como simples ideia contemplativa”¹³⁵³. Afinal, o juiz encontra-se vinculado à iniciativa da parte produzir uma “norma para o caso concreto”, ao passo que o legislador pode – e deve – agir *ex officio* para produção de uma norma com efeitos gerais. Por tal razão, a função

¹³⁴⁸ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 145.

¹³⁴⁹ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 50. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹³⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 153.

¹³⁵¹ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 51.

¹³⁵² PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 91.

¹³⁵³ FONSECA, Rui Guerra da. **O fundamento da autotutela executiva da Administração Pública: Contributo para sua compreensão como problema jurídico-político**. Lisboa: Almedina, 2012, p. 624.

político-legislativa vocaciona-se para a generalidade ou, em outros termos, “não tem por objeto, *prima facie*, situações ou circunstâncias concretas de pessoas determinadas”, enquanto a função judicial tende quase que irremediavelmente “para o particular, para a particularização”¹³⁵⁴. Em razão disso, não há verdadeira liberdade se a função legiferante não estiver apartada da função judicial¹³⁵⁵.

III.4.3.2.3 A tripartição funcional de acordo com Montesquieu

Sob a perspectiva de Montesquieu, portanto, ao Poder Legislativo incumbe produzir as leis e, quando necessário, revogá-las ou modificá-las. Ao Poder Executivo, por sua vez, corresponde o dever de manter a paz social, especialmente a segurança do próprio Estado e relacionar-se com as potências estrangeiras. Por fim, o Poder Judiciário deve aplicar as normas aprovadas pelo Poder Legislativo, encarregando-se de condenar os criminosos e decidir os conflitos de interesse entre os cidadãos¹³⁵⁶. Essa “inibição recíproca de poderes” faz com que o Poder Judiciário fique responsável pela aplicação contenciosa da lei, atuando quase como intermediário entre a “norma geral” elaborada pelo legislador e o caso concreto, razão pela qual se espera do juiz “neutralidade ética e um domínio técnico diante do direito, ou seja, da lei”¹³⁵⁷. No fundo, a separação de poderes resulta numa forma particular de “divisão do trabalho”, de maneira que se distribua equitativamente as “funções governamentais” aos órgãos responsáveis pela manifestação da soberania estatal¹³⁵⁸.

III.4.3.2.4 A garantia tardia do sistema de fiscalização de constitucionalidade na Europa

A devoção ao modelo de inspiração francesa e – por que não dizer? – montesquiana, acabou por atrasar a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade efetivo. Por muito tempo, a “ideia da soberania do Parlamento e de confiança incondicional no império da lei”, associada a uma “desconfiança historicamente justificada relativamente ao alinhamento reacionário dos juízes”, terminam por afastar a

¹³⁵⁴ FONSECA, Rui Guerra da. Op. Cit., p. 556-557.

¹³⁵⁵ AMARAL JUNIOR, José Levi do. Regulamentação do mandado de injunção. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 159.

¹³⁵⁶ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 91.

¹³⁵⁷ ADEODATO, João Maurício. Comentário ao art. 2º da CF/88. In MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 27.

¹³⁵⁸ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito constitucional**, cit., p. 124.

estruturação de uma “garantia judicial da supremacia da Constituição”¹³⁵⁹. Após a Revolução Francesa, a adoção de uma idéia estrita de separação de poderes redundou numa função judicial “enfaticamente restrita”, na qual só os legisladores poderiam produzir a lei, habilidade negada, “direta ou indiretamente, aos julgadores”¹³⁶⁰. De fato, a concepção primaz da lei como instrumento de expressão da soberania popular era de tal modo perturbadora nessa versão fundamentalista do constitucionalismo francês que era difícil até “traçar uma distinção entre lei constitucional e lei ordinária”, pois a “teoria da vontade geral de Rousseau era contrária à ideia de hierarquia formal e à de rigidez”¹³⁶¹.

Conferida a primazia ao Poder Estatal, a Europa passou à condição de retardatária na transição entre o “Estado de Direito” e o “Estado de Direito constitucional” em relação aos Estados Unidos e mesmo em relação à América Latina¹³⁶². Isso se fazia ainda mais premente tendo em vista que a imensa maioria dos países europeus adotava um sistema de governo do tipo parlamentarista. Se por um lado esse sistema favorecia mudanças constitucionais decorrentes de maiorias parlamentares estáveis, por outro tornava ainda mais premente a necessidade de um contrapeso efetivo, no âmbito da separação dos poderes, a um tal poder que contemplasse funções executivas amparadas em um único partido ou numa coligação com maioria de assentos no Parlamento¹³⁶³.

A verdade – é triste reconhecer – é que o constitucionalismo europeu de inspiração gaulesa marginalizou “o poder judicial do processo de garantia da Constituição”, fazendo com que o texto constitucional deixasse de se assumir “como limite jurídico do poder político e como parâmetro efetivo do respeito das autoridades públicas pelos direitos fundamentais do cidadão”¹³⁶⁴. Nos Estados Unidos, de outra banda, o Poder Judiciário assumiu-se desde sempre “como depositário institucional da interpretação da distribuição constitucional dos poderes e da defesa das garantias constitucionais”, tarefa na qual se incluía “a delimitação das competências de actuação do próprio legislador democrático”¹³⁶⁵. Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que a Europa ficava atrás da América nesse quesito.

¹³⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 150.

¹³⁶⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Op. Cit., p. 36.

¹³⁶¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, t. 2, cit., p. 99.

¹³⁶² URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 21.

¹³⁶³ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 22.

¹³⁶⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, t. 2, cit., p. 101.

¹³⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 149.

III.4.3.3 A preponderância do Poder Legislativo

III.4.3.3.1 A perspectiva clássica

Dentro desse esquema funcional, o Poder Legislativo assume a posição “praticamente monopolista” da atividade legiferante”. E não seria exagero afirmar que tal proeminência permite-lhe “galgar as raias de verdadeiro poder *primus inter pares*”, uma vez que ele “seria o poder mais próximo da vontade geral, por ser aquele que é composto por representantes do povo”¹³⁶⁶.

Na sua acepção clássica, portanto, o princípio da separação de poderes, “ao contrário de pretender constituir cada órgão estadual jurídico-funcionalmente referenciado, como limite ou mesmo como contrapoder aos restantes”, na verdade visava a “assegurar que o poder legislativo seja o único efectivo centro de poder no Estado, mediante a máxima supressão da autonomia decisória dos órgãos estaduais chamados a executar ou aplicar a lei, sem qualquer carácter juridicamente constitutivo”¹³⁶⁷. Nem mesmo a adoção do modelo austríaco de controle de constitucionalidade gerou qualquer “entorse à visão europeia da separação de poderes”, pois ao Tribunal Constitucional não competia “impor os valores na perspectiva de uma qualquer supremacia material da Constituição (direitos fundamentais) contra o poder democrático”, mas, sim, “depurar as incoerências técnicas no sistema”, de forma a garantir que os juízos ordinários aplicassem “de forma quase mecânica” as leis aprovadas pelo Parlamento¹³⁶⁸.

Sob essa ótica, a consagração de um poder emanado diretamente do povo, expresso por meio de leis aprovadas pelo Parlamento, representou não somente a queda definitiva do absolutismo, mas conduziu a uma espécie de sacralização da norma legal. As insurgências contra a lei, portanto, representavam, a um só tempo, o saudosismo tardio do arbítrio vencido, como também a certeza de que “atentar contra ela era o mesmo que atentar contra a democracia”. Tal era a persuasão desse esquema silogístico que “mito da infalibilidade do legislador” só veio a ser superado diante “das experiências terríveis do fascismo e do nazismo”¹³⁶⁹.

¹³⁶⁶ BEÇAK, Rubens. Op. Cit., p. 330. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹³⁶⁷ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 149-150.

¹³⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 155-156.

¹³⁶⁹ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 66. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento da referida doutrinadora.

III.4.3.3.2 A introdução de mecanismos de controle de constitucionalidade

Nesse contexto, enquanto nos Estados Unidos a Constituição alçara o patamar de *norma normarum*, na Europa ela permaneceu por longo período reduzida a uma “codificação meramente formal dos poderes do Estado”, pois sua supremacia era “simplesmente concebida como uma ‘peça lógico-sistemática’, isto é, como mero pressuposto de integração e de fundamentação da unidade piramidal do ordenamento jurídico”¹³⁷⁰.

Talvez por isso mesmo, a introdução de mecanismos de controle de constitucionalidade tenha experimentado tantas dificuldades em países os mais diversos. A imposição da supremacia constitucional a partir de um órgão técnico, desprovido de mandato popular, foi encarada com reservas por muito tempo. Na Europa, por exemplo, pouca gente compreendia “premente a necessidade ou a conveniência de instituir uma fiscalização de constitucionalidade”, e menos ainda eram aqueles que pensavam em “atribuir essa competência aos juízes”¹³⁷¹.

E talvez houvesse razão nesse sentimento. Hoje, assiste-se a “um excesso de protagonismo da justiça constitucional” a partir de uma perspectiva que pretende erguer a Constituição ao patamar do sagrado. Mas se antes a “sacralização da lei obstaculizava a implantação do controlo de constitucionalidade de normas”, agora a “sacralização da constituição subjuga o legislador”, não sendo raro que, com “demasiada e indesejável frequência”, seja possível dele prescindir ou simplesmente o desautorizar¹³⁷².

III.4.3.3.3 Tripartição funcional de poderes e Estado de Direito

De outra banda, é evidente que a tripartição funcional do poder, arquitetada sob a égide da primazia da lei, não constitui escusa absolutória para concluir-se que o Poder Legislativo revela-se um poder soberano sobre os demais, na medida em que partem dele as normas e é sua, exclusivamente, a competência legiferante. Não se trata, portanto, de conceber um “centro único de poder no Estado”, cujo propósito seria anular os demais para afirmar-se a si mesmo como poder soberano. A rigor, o princípio da separação de poderes impõe, de certa maneira, que tanto o legislador como as normas por ele

¹³⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 152.

¹³⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 151.

¹³⁷² URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 10. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento da referida doutrinadora.

aprovadas “constituam limites imanes intransponíveis”, destinadas a impedir a ascensão de um “poder arbitrário ou absoluto”. Sua função precípua, pois, será a de garantir que os demais poderes possam de fato fazer-lhe oposição e confrontá-lo, dentro de um sistema de freios e contrapesos. Do contrário, estará aberta a porta “para a arbitrariedade do poder ou para a anarquia”¹³⁷³.

Há, todavia, quem critique o esquema de tripartição. Para parte da doutrina, o princípio da separação de poderes engloba uma regra que, interpretada de forma rígida, resulta numa dogmática disfuncional de estruturação do Estado¹³⁷⁴. É certo que a construção teórica proposta por Montesquieu não se encontra inteiramente “isenta de obscuridades, imperfeições, ambiguidades e até contradições”¹³⁷⁵. De todo modo, não há como negar-se que a necessidade de estruturação de um sistema estatal separado e diverso no plano “orgânico-pessoal” tornou-se premissa indispensável para a configuração daquilo que hoje se convencionou chamar de *Estado de Direito*¹³⁷⁶.

III.4.4 Separação de poderes e doutrina do *checks and balances*

Com o passar do tempo, a doutrina da tripartição funcional foi aperfeiçoando-se. Para tanto, introduziu-se o princípio da “balança de poderes (*balance powers* ou *balanced constitution*)”¹³⁷⁷. Visando a uma atuação mais eficiente do Estado, as funções legislativa e executiva, por serem materialmente distintas, deveriam ser outorgadas a órgãos diferentes¹³⁷⁸. No primeiro caso, a competência deveria recair sobre “um órgão do tipo assembleia, em princípio, bastante numeroso”, enquanto no segundo a competência recairia sobre “um órgão singular ou a um órgão colegial pouco numeroso”¹³⁷⁹. O ponto de partida da teoria dos *checks and balances*, portanto, resulta da conclusão de que os órgãos representativos da soberania popular, “por constituírem potências político-sociais portadoras de interesses opostos”, devem atuar de maneira a contrabalançar de forma recíproca a sua atuação, de modo a assegurar a estabilidade institucional da Nação¹³⁸⁰.

¹³⁷³ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 150-151.

¹³⁷⁴ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**, cit., p. 43.

¹³⁷⁵ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 101.

¹³⁷⁶ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 101.

¹³⁷⁷ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 60-62.

¹³⁷⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, t. 1, p. 43.

¹³⁷⁹ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 60-62.

¹³⁸⁰ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 60-62.

Por isso mesmo, uma das funções primordiais da Constituição é delimitar até onde deve ir cada poder e onde deve recuar em favor da atuação de outro, em um delicado balanço de ações recíprocas¹³⁸¹. Cuida-se de “ordenação de funções” necessária à “racionalização, estabilização e delimitação do poder estadual”¹³⁸². É nisso, a propósito, que se reconduz o sistema de controle recíproco dos poderes conhecido como *checks and balances*. Exatamente por ser um típico caso de “*reserva de constituição* (*Verfassungsvorbehalt*)”, a estruturação das funções estatais é um “princípio organizatório fundamental da Constituição”¹³⁸³.

A construção da doutrina do *checks and balances* conforma-se, pois, sob um prisma orgânico-institucional¹³⁸⁴. Não se trata, somente, de buscar um equilíbrio “entre forças político-sociais referidas a órgãos constitucionais”, mas, sim, de buscar uma forma de interação e concordância prática “entre órgãos independentes quanto à formação e quanto à subsistência, funcionalmente diferenciados e dotados de específicos mecanismos e dispositivos constitucionais destinados à fiscalização recíproca dos respectivos actos”¹³⁸⁵. Tudo, claro, com vistas a impedir a ascensão de um poder absoluto, que domine todas as funções do Estado¹³⁸⁶.

É exatamente nesse ambiente que a idéia de uma *justiça constitucional* começa a ganhar força. Se antes a lei era quase sacralizada como “produto consensual e supostamente racional de um Parlamento homogêneo”, agora era possível encará-la somente como uma “decisão política majoritária”, decisão que poderia perfeitamente estar em contradição com a Constituição. Eis a razão pela qual se passou a entender que um “Estado de Direito constitucional digno desse nome não funcionaria adequadamente sem uma justiça constitucional capaz de resolver a eventual desconformidade”¹³⁸⁷.

A rigor, a independência recíproca entre os poderes do estado revela-se um pré-requisito de sua mútua interdependência, dentro de uma lógica de correlação de forças. A garantia de autonomia não dispensa a organização de pólos diferenciados de poder, pois um depende necessariamente do outro. Por isso mesmo, antes de mutuamente

¹³⁸¹ OLIVA, Éric; GIUMMARRA, Sandrine. Op. Cit., p. 103.

¹³⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 247-252.

¹³⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 247- 252 e 551. Itálicos do original.

¹³⁸⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, t. 1, cit., p. 43.

¹³⁸⁵ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 82.

¹³⁸⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, t. 1, cit., p. 39.

¹³⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 159. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

se excluïrem, a “independência e a interdependência orgânica” constituem pressuposto de um “mesmo modelo normativo: a constituição equilibrada”¹³⁸⁸.

III.4.5 Há uma fórmula universal para a separação dos poderes?

Do ponto de vista doutrinário, o princípio da separação dos poderes tem passado ao longo dos anos por um processo de “releitura”. Dessa nova avaliação resulta a conclusão de que, a cada poder, deve ser atribuída uma *função típica*. Mas essa função típica não representa, necessariamente, uma competência *exclusiva*, na medida em que os demais poderes podem também praticar determinados atos que, em regra, seriam afetos a outro poder¹³⁸⁹. Para Canotilho, por exemplo, a divisão funcional dos poderes em si mesma não é importante¹³⁹⁰. De pouca relevância seria, por exemplo, chamar de legislativos os atos praticados pelos integrantes do Poder Judiciário ou de jurisdicionais aqueles praticados pelo Poder Executivo. Não importa sequer saber se o Executivo pode praticar atos legislativos ou se o Legislativo pode atuar jurisdicionalmente¹³⁹¹. A grande questão, pois, é saber o que cada um *pode fazer*¹³⁹².

Dentro dessa visão, o princípio da separação dos poderes desconhece um modelo universal quanto ao que se entenda por seu conteúdo fundamental¹³⁹³. Há mesmo quem afirme que o princípio da separação de poderes está longe de constituir uma fórmula indispensável à estruturação do Estado¹³⁹⁴. Exemplo disso seria a constituição francesa de 1958, que teria seguido orientação diversa, embora não dispensasse inteiramente “o cuidado de zelar por uma divisão funcional do poder”¹³⁹⁵.

De fato, há bases científicas das quais se pode extrair um conceito mais ou menos uniforme daquilo que se entenda por “repartição funcional de poderes”, mas isso sem descurar as “peculiaridades de país para país”¹³⁹⁶. Tampouco pode servir o princípio da separação de poderes como “um curinga sempre na manga”, recurso a ser utilizado

¹³⁸⁸ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 86.

¹³⁸⁹ LOR, Encarnación Alfonso. Op. Cit., p. 144.

¹³⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 579.

¹³⁹¹ KADRI, Omar Francisco do Seixo. **O executivo legislador: o caso brasileiro**. Stvdia Ivridica 79. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 154.

¹³⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 251.

¹³⁹³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 145.

¹³⁹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O paradoxo da justiça constitucional**, cit., p. 21

¹³⁹⁵ (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O paradoxo da justiça constitucional**, cit., p. 21). Em sentido contrário, renegando a possibilidade de que um ordenamento avesso à separação de poderes contenha uma constituição, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, t. 1, cit., p. 39.

¹³⁹⁶ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 53.

como “chave-mestra” nos chamados *hard cases*, como se dele se pudesse extrair uma solução mágica, que “tornasse tudo singelo ou evidente”¹³⁹⁷. A construção de uma doutrina de separação de poderes, portanto, não obedece a critérios taxionômicos, mas antes se revela como medida contingente para “assegurar a protecção das esferas jurídicas individuais perante intervenções arbitrárias do Estado”¹³⁹⁸.

Nesse sentido, a tentativa frustrada de construir uma “classificação universal e intemporalmente válida das funções estaduais”, associada a uma gradual interdependência e intersecção entre as diversas funções estatais acabou por tornar ingrata a tarefa de produzir uma “caracterização material e de diferenciação entre elas”. Não por acaso, a doutrina tem manifestado progressivo desinteresse na “elaboração de uma teoria geral das funções estaduais como elemento essencial do princípio da separação dos poderes”, abraçando cada vez mais a análise tópica das funções estatais em um determinado Estado, a partir do “quadro de uma constituição concreta”. Essa viragem metodológica indica uma inegável “transição de um método abstracto-dedutivo para um método normativo-concreto” em matéria de princípio da separação dos poderes. A dogmática jurídica, nesse ponto, revela-se cada vez mais adepta de uma abordagem pontual, desprezando-se “conceitos imateriais intangíveis”¹³⁹⁹.

Em virtude disso, talvez o mais correto seja afirmar que o princípio da separação de poderes não se traduz numa “fórmula universal e apriorística e completa”¹⁴⁰⁰. Na verdade, o “conteúdo normativo do princípio da separação de poderes”, no caso brasileiro, não deve ser buscado em outro lugar senão nas próprias normas particulares da Constituição Federal de 1988¹⁴⁰¹. Não se há de olvidar que o método dogmático-jurídico é antes de tudo objetivo: a interpretação deve dar-se sobre “normas e princípios plasmados na Constituição e não sobre realidades que nela não se encontram reguladas”¹⁴⁰².

Prevalece no mundo ocidental, no entanto, a opção por um estado *à la Montesquieu*, isto é, um estado tripartite, cujas funções de legislar, executar e julgar sejam outorgadas com primazia a um determinado *poder*¹⁴⁰³. Não se trata, propriamente, de uma

¹³⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 145.

¹³⁹⁸ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 53.

¹³⁹⁹ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 264. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁴⁰⁰ Trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Adin nº. 183/DF.

¹⁴⁰¹ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional**. Revista de Informação Legislativa, ano 45, nº. 178, p. 7-12, abr./jun. 2008, p. 8.

¹⁴⁰² MORAIS, Carlos Blanco de. **Direitos sociais e controlo da inconstitucionalidade por omissão**, cit., p. 594-599.

¹⁴⁰³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 109.

repartição do poder político, essa “energia suscitada por uma sociedade, para governá-la e conduzi-la à realização de seus objetivos”, mas, sim, de uma divisão “funcional dessa ‘forma energética’”¹⁴⁰⁴. Para isso, no entanto, deve o constituinte demarcar de modo preciso as fronteiras funcionais de cada um dos poderes.

Desta feita, toda e qualquer análise do princípio da separação de poderes deve ter por base o texto constitucional¹⁴⁰⁵. Mais especificamente, deve-se procurar compreender quais foram as opções legislativas adotadas pelo constituinte. Somente assim será possível delimitar as competências constitucionais dos poderes do Estado e saber se a sua atuação deu-se ou não de forma legítima¹⁴⁰⁶.

III.4.6 A dogmática da separação de poderes na Constituição brasileira

Do ponto de vista dogmático, a Constituição dos Estados Unidos da América foi talvez a primeira a implementar um sistema de tripartição funcional do poder fora do padrão europeu de constitucionalismo, então assentado em regimes monárquicos de inspiração constitucional¹⁴⁰⁷. Na constituição norte-americana, previu-se “mecanismos de relacionamento interorgânico”, orientados a estruturar um “sistema de freios e contrapesos entre órgãos funcionalmente diferenciados, todos democraticamente legitimados”¹⁴⁰⁸. Desde então, o princípio da separação dos poderes constitui-se como valor essencial, quer como mecanismo de limitação do poder estatal, quer como garantia de exercício das liberdades individuais, quer, ainda, como “expressão da elevação da resistência ao poder à dignidade de princípio de organização política”¹⁴⁰⁹.

No caso brasileiro, até mesmo pela inspiração de nossa primeira constituição republicana, adotou-se linha semelhante. Desde quando foi proclamada a República, optou-se expressamente por um estado de tripartição funcional¹⁴¹⁰. O atual texto constitucional é inequívoco a esse respeito: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”¹⁴¹¹. Embora haja alguma dúvida se esse dispositivo foi introduzido de maneira fraudulenta na Constituição de 1988,

¹⁴⁰⁴ DOBROWOLSKI, Sílvio. **Novas funções e estrutura do Poder Judiciário na Constituição de 1988: uma introdução**. Revista de Informação Legislativa, v. 27, n°. 108, p. 67-76, out./dez. 1990, p. 68.

¹⁴⁰⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 486.

¹⁴⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 251.

¹⁴⁰⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 379-382.

¹⁴⁰⁸ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 200.

¹⁴⁰⁹ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 186.

¹⁴¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 227-228.

¹⁴¹¹ Cf. art. 2º da Constituição Federal de 1988.

isto é, introduzido à margem do processo constituinte regular¹⁴¹², o fato é que a tripartição seria de todo subsumível do restante do texto constitucional. Isso porque a cada um dos Poderes está dedicado um capítulo específico no Título IV do texto constitucional. E é do “cotejo desses comandos normativos” que se estrutura “politicamente o Estado brasileiro”¹⁴¹³. Em que pese a discordância de alguns¹⁴¹⁴, trata-se de estruturação posta a salvo pelo constituinte do poder derivado reformador¹⁴¹⁵.

Para parte da doutrina, o princípio da separação de poderes não se revelaria empecilho a que um poder exercesse, de forma atípica, as funções de outro poder¹⁴¹⁶. No que toca à justiça constitucional, por exemplo, é certo que a garantia da constituição não se encerra nela. No fundo, trata-se apenas de um dos meios, “por ventura o mais usado e eficaz, certamente o mais conhecido”, de implementação coativa da força normativa da constituição¹⁴¹⁷.

Todavia, o entendimento majoritário é o de que se deve resguardar o “**núcleo essencial** (*Kernbereich*) dos limites de competência”, o que significa dizer, em outras palavras, que cada um dos poderes detém um “campo de tarefas **típico**”¹⁴¹⁸. A rigor, não se poderia sequer falar em separação de poderes caso “a essência das funções do Estado estivesse concentrada num só órgão”, ou mesmo que os Poderes que detivessem “o primado de uma função” pudessem ser tolhidos “em favor de outro órgão”¹⁴¹⁹. E esse função típica não pode simplesmente ser atribuída a outro órgão senão àquele definido

¹⁴¹² Em entrevista ao Jornal O Globo de 5 out. 2003, o então Presidente do STF, Nelson Jobim, confessou que fraudara a Constituição. À época responsável pela Comissão de Redação, Nelson Jobim afirmou que inserira alguns artigos na Carta da República sem que estes tivessem passado pelo crivo da Assembléia Constituinte. Dentre os artigos inseridos, estaria o art. 2º, a tratar da separação de poderes. Tal entrevista provocou críticas áspers no mundo jurídico, a ponto de José Afonso da Silva, por exemplo, ter afirmado em sua obra, obviamente referindo-se a Nelson Jobim, que “um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante, e abusado” alterara clandestinamente a Constituição (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 529).

¹⁴¹³ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Op. cit., p. 202.

¹⁴¹⁴ Fabrício Medeiros, por exemplo, defende que “essa realidade constitucional, contudo, pode ser modificada pelo Constituinte Reformador, vale dizer, é possível a alteração das formas originárias de relação entre os Poderes” (MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Op. cit., p. 202).

¹⁴¹⁵ Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 441-442. Na verdade, como assevera Celso Bastos, é muito comum que, à vista de razões políticas, o constituinte originário salvasse determinados elementos estruturais do Estado, isolando “qualquer possibilidade de alteração ulterior” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 67).

¹⁴¹⁶ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit., p. 72.

¹⁴¹⁷ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 13

¹⁴¹⁸ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 82. Negritos do original.

¹⁴¹⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, t. 1, cit., p. 40.

constitucionalmente. Do contrário, “pode estar em jogo todo o sistema de *legitimação, responsabilidade, controlo e sanção*, definido no texto constitucional”¹⁴²⁰.

III.4.7 *Checks and balances* na Constituição de 1988

É fato: o próprio Montesquieu renegava uma tripartição que confinasse os poderes a suas funções essenciais. Não há, nem nunca houve, “um esquema constitucional rígido”¹⁴²¹. Desde sempre a tripartição girou em torno da definição de *tarefas primordiais* de cada um dos poderes¹⁴²². É até mesmo desejável uma “interpenetração de funções”¹⁴²³. Todavia, mesmo as incursões de parte a parte possuem “um limite básico e incontornável: o **núcleo essencial** de cada uma destas funções”¹⁴²⁴.

A despeito de a tripartição arquitetada pelo constituinte de 1988 não ser estanque nem exata, mesmo a interpenetração de funções não envolve a possibilidade de exercer atos relativos às características fundamentais de cada um dos poderes¹⁴²⁵. Mesmo se admitindo incursões episódicas de um poder na função de outro, repudia-se peremptoriamente a concentração de várias funções em um único órgão¹⁴²⁶. As exceções abertas ao exercício de uma função típica de um poder a outro, estranho a essa função, são ocasionais e não constituem, de modo algum, a renúncia ou delegação da primazia no exercício da função típica. Desse modo, a tripartição funcional estruturada pela Carta de 1988 impede que qualquer dos poderes “se arrogue o direito de interferir nas competências alheias”, não podendo, portanto, imaginar-se “que o executivo passe a legislar e também a julgar ou que o legislativo, que tem por competência a produção normativa, aplique a lei ao caso concreto”¹⁴²⁷. Nesse sentido, a doutrina cita como exemplos de manifestação do sistema de freios e contrapesos: a nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República; o *impeachment* do Presidente da República pelo Congresso Nacional; o *impeachment* de ministros do Supremo pelo Senado Federal; e o veto do Presidente da República a projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional¹⁴²⁸.

¹⁴²⁰ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 82. Grifos do original.

¹⁴²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 556.

¹⁴²² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 161-162.

¹⁴²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 551.

¹⁴²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 551. Negrito do original.

¹⁴²⁵ Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 110.

¹⁴²⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, t. 1, cit., p. 40.

¹⁴²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 228.

¹⁴²⁸ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 163. No mesmo sentido, cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 44-45.

Repare-se que, em todos os casos, a incursão de um poder na seara de outro dá-se de forma lateral, sem nunca atingir o núcleo essencial da função “invadida”¹⁴²⁹. E, mesmo nos casos em que essa invasão atinge, por assim dizer, o âmago daquilo que se possa entender como núcleo essencial de um poder, ainda assim tais manifestações ou são restritas ao próprio poder (de que são exemplo os atos administrativos realizados pelos tribunais) ou são manifestamente episódicas (como é o caso do julgamento de crime de responsabilidade do Presidente da República pelo Senado Federal)¹⁴³⁰. Em nenhuma das hipóteses há a transferência integral de funções de um poder para outro¹⁴³¹.

III.4.7.1 O *impeachment* do Presidente da República e dos ministros do STF

Deve-se ressaltar, todavia, que o julgamento do Presidente da República pelo Senado Federal em caso de *impeachment* não constitui, como querem alguns¹⁴³², ato de natureza jurisdicional. Há quem fale mesmo no *impeachment* como “exceção ao monopólio da função jurisdicional do Judiciário”, justificada pelo suposto melhor aparelhamento do Parlamento para decidir “questões dessa natureza quando envolvam agentes de superior hierarquia”¹⁴³³.

Verdadeiramente, o julgamento nesses casos dá-se na seara exclusivamente *política*. Basta constatar que, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, o ente acusador aqui é a Câmara dos Deputados¹⁴³⁴. Ainda que o crime de responsabilidade decorra da violação de ilícito penal, estará ainda o ocupante do cargo sujeito à persecução penal decorrente dos crimes cometidos¹⁴³⁵.

Com efeito, os “chamados *crimes de responsabilidade* correspondem a infrações político-administrativas”, cujo resultado será a “desinvestidura do agente e a sua inabilitação para o exercício de funções públicas”¹⁴³⁶. Não há, portanto, *pena* a ser

¹⁴²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 111.

¹⁴³⁰ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 163.

¹⁴³¹ Na verdade, como recorda Nuno Piçarra, tais expedientes dizem respeito muito mais a um “poder de controlo” entre as funções do Estado do que propriamente de exercício de atividades típicas de outro poder (PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 83).

¹⁴³² Cf., por todos, BEÇAK, Rubens. Op. Cit., p. 329.

¹⁴³³ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito constitucional**, cit., p. 175.

¹⁴³⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 40.

¹⁴³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 530.

¹⁴³⁶ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit., p. 342.

cumprida pelo agente¹⁴³⁷. Logo, será forçoso concluir que, “quaisquer que sejam os argumentos jurídicos a justificar o *impeachment*, a decisão parlamentar será sempre, indiscutivelmente, política”¹⁴³⁸.

Por isso mesmo, ainda que se insira dentro do sistema de *checks and balances*, o *impeachment* não se configura como transferência – ainda que provisória – do núcleo essencial da atividade jurisdicional¹⁴³⁹. Mesmo a cláusula do devido processo legal assume feição diferente nesse procedimento, considerada a natureza eminentemente política do instrumento. O controle judicial, embora possível, ficará restrito a questões formais, pois o mérito a ser definido pelo Senado encontra-se imune ao escrutínio do STF¹⁴⁴⁰.

III.4.7.2 As leis delegadas

Outra hipótese erroneamente invocada para confrontar a tese da inviolabilidade do núcleo essencial da atividade legislativa são as *leis delegadas*¹⁴⁴¹. Estabelecidas no art. 68 da Carta de 1988, as leis delegadas são instrumentos normativos *sui generis*¹⁴⁴². Em tese, o Presidente da República solicita a delegação legislativa ao Congresso e este, mediante resolução, aprova a delegação de poderes¹⁴⁴³. Contudo, o pedido de resolução constitui-se em verdadeiro projeto de lei¹⁴⁴⁴. O Congresso, aprovando-o, remete-o em forma de resolução ao Presidente da República¹⁴⁴⁵. E já aí estão estabelecidos os limites da “delegação”¹⁴⁴⁶. Na prática, tem-se apenas mera inversão da ordem natural do processo legislativo: ao invés de o Congresso criar a norma e submetê-la à sanção presidencial, o Presidente “cria” a norma e submete-a à “sanção” do Parlamento.

¹⁴³⁷ BRINDEIRO, Geraldo. A responsabilidade política e o impeachment do Presidente da República. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; RAMOS, Dircêo Torrecillas; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; GODOY, Mayr; e FERRAZ, Sérgio. **Impeachment: Instrumento da democracia**. São Paulo: IASP, 2016, 268.

¹⁴³⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Disciplina jurídica do impeachment presidencial no Brasil. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; RAMOS, Dircêo Torrecillas; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; GODOY, Mayr; e FERRAZ, Sérgio. **Impeachment: Instrumento da democracia**. São Paulo: IASP, 2016, p. 292.

¹⁴³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 530.

¹⁴⁴⁰ BRINDEIRO, Geraldo. Op. Cit., p. 272-273.

¹⁴⁴¹ Para a referência às leis delegadas como exceção ao princípio da separação dos poderes, cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 45. Para o conceito de lei delegada, cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 529.

¹⁴⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 516.

¹⁴⁴³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 944-946.

¹⁴⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 532.

¹⁴⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 516.

¹⁴⁴⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 945-946.

Ao contrário do que defendem alguns doutrinadores, em nenhum momento o Congresso “abandona” a prerrogativa de legislar sobre a matéria¹⁴⁴⁷. Ao contrário. Sua independência continua intocada¹⁴⁴⁸. Não só o Parlamento pode produzir a qualquer tempo outra norma que venha a substituir a norma “criada” pelo Executivo, como ainda pode, no limite, “sustar” a sua validade, caso exorbite os limites do poder delegado¹⁴⁴⁹.

Ademais, tendo as medidas provisórias à mão para dispor nos casos de relevância e urgência, para o Presidente da República não faz sentido solicitar delegação legislativa ao Congresso Nacional. Não à toa, há mais de duas décadas nenhum presidente valeu-se delas como instrumento legislativo¹⁴⁵⁰.

III.4.7.3 As medidas provisórias

Para contraditar essa tese, cita-se com frequência – e cita-se equivocadamente – o exemplo das *medidas provisórias*¹⁴⁵¹.

Previstas no art. 62 da Constituição Federal de 1988, as medidas provisórias são instrumentos adotados em casos de relevância e urgência¹⁴⁵². Sua inspiração são os *decreti-legge* do direito italiano¹⁴⁵³. Todavia, ao contrário do ordenamento itálico, aqui as medidas provisórias são de competência exclusiva do Presidente da República¹⁴⁵⁴. Trata-se, no final das contas, de uma tentativa do legislador constituinte originário de substituir os antigos *decretos-lei*, que tanto mal causaram à nossa ordem constitucional, em particular nos períodos de vocação ditatorial¹⁴⁵⁵.

Nascidas – segundo a dicção legal – “com força de lei”¹⁴⁵⁶, as medidas provisórias revelam “força jurídica similar à da lei e eficácia imediata”¹⁴⁵⁷. Talvez por

¹⁴⁴⁷ Sem razão, nesse ponto, Omar Kadri (KADRI, Omar Francisco do Seixo. Op. cit., p. 116-117).

¹⁴⁴⁸ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit., p. 322.

¹⁴⁴⁹ Art. 49, inc. V, CF/88. Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 405.

¹⁴⁵⁰ (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 532). Entre as mais de 13.000 leis existentes no ordenamento brasileiro, apenas 13 (0,001%) são leis delegadas.

¹⁴⁵¹ Cf., por todos, SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 112.

¹⁴⁵² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 513.

¹⁴⁵³ CLÉVE, Clemerson Merlin. **Medidas provisórias**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 54.

¹⁴⁵⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 410.

¹⁴⁵⁵ Além do nome, as medidas provisórias diferenciam-se dos antigos decretos-lei pela possibilidade de introdução de emendas parlamentares, a possibilidade de aumento de despesas públicas advindas dessas emendas, a restrição de matérias sobre as quais pode dispor e, claro, o prazo e forma de contagem diferenciados previstos para as medidas provisórias. Nesse sentido, cf. CLÉVE, Clemerson Merlin. **Medidas provisórias**, cit., p. 52.

¹⁴⁵⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 935.

causa disso, parte da doutrina conclua apressadamente que elas seriam “atos normativos primários”¹⁴⁵⁸ ou mesmo constituiriam uma “legislação extraordinária”¹⁴⁵⁹. Seriam, enfim, “leis especiais dotadas de vigência provisória”¹⁴⁶⁰.

No entanto, não podem as medidas provisórias ser caracterizadas como *leis em sentido estrito*¹⁴⁶¹. Tampouco constituem exceções ao monopólio legiferante do poder legislativo, ao qual parte da doutrina – embora reconhecendo sua eficácia normativa – renegue que possam ser designados como *lei*¹⁴⁶². A rigor, as medidas provisórias não passam de *projetos de lei*, conquanto sejam dotadas de eficácia imediata¹⁴⁶³. Esse, a propósito, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal desde longa data¹⁴⁶⁴. Opera-se, em última análise, somente uma *inversão* do *iter* legislativo: a norma produz eficácia desde logo e somente depois será aprovada pelo Parlamento¹⁴⁶⁵. Após o transcurso de 45 dias, as medidas provisórias interditam a pauta legislativa, obrigando o Congresso a deliberar sobre elas¹⁴⁶⁶. Se não forem aprovadas no prazo de 120 dias, caducam e deixam de existir¹⁴⁶⁷. Sem o aval do Congresso, portanto, as medidas provisórias de nada valerão. Novamente, o

¹⁴⁵⁷ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit., p. 322.

¹⁴⁵⁸ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**, cit., p. 144.

¹⁴⁵⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 935.

¹⁴⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. **Medidas provisórias na Constituição de 1988**. *Revistas dos Tribunais* nº 658, ano 79, p. 241-243, ago. 1990, p. 241.

¹⁴⁶¹ Como ensina José Afonso da Silva, “só o Poder Legislativo pode criar normas que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 420).

¹⁴⁶² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 495.

¹⁴⁶³ Ou, como diz Saulo Ramos, um projeto de norma com “força cautelar de lei” (RAMOS, Saulo. *Medida Provisória*. In AA.VV. **A nova ordem constitucional – aspectos polêmicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 530).

¹⁴⁶⁴ No julgamento da Adin nº. 293/DF, o Relator, Ministro Celso de Mello, assentou que “as medidas provisórias configuram espécies normativas de natureza infraconstitucionais, dotadas de força e eficácia legais. *Não se confundem, porém, com a lei, embora transitoriamente se achem investidas de igual autoridade*. A cláusula ‘com força de lei’ empresta às medidas provisórias o sentido de equivalência constitucional com as leis” (Grifo nosso).

¹⁴⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 514-515.

¹⁴⁶⁶ Deve-se registrar que a regra do “trancamento de pauta” trouxe efeitos nefastos para a regular atividade do Congresso Nacional. No ano de 2011, por exemplo, não houve sequer um dia em que a Câmara dos Deputados funcionasse sem que sua pauta estivesse trancada por medidas provisórias editadas pelo Presidente da República cujo prazo de apreciação encontrava-se esgotado. Nesse sentido, cf. BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Armadilhas constitucionais: estudo sobre a regulamentação do mandado de injunção sob a perspectiva das relações entre Legislativo e Judiciário*. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 290. No mesmo sentido, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 218-226.

¹⁴⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 452-453.

núcleo essencial da atividade legislativa encontra-se salvaguardado pelo constituinte. A prerrogativa de criar normas gerais remanesce com o Poder Legislativo¹⁴⁶⁸.

Ademais, se admitirmos que as medidas provisórias, pelo tão-só fato de terem *força de lei*, constituem de *per si* lei, teríamos de admitir que toda e qualquer decisão com eficácia vinculante também seria *lei*, no seu sentido formal, o que seria um evidente disparate¹⁴⁶⁹. Na verdade, a dicção do texto constitucional é incontroversa: aprovadas, as medidas provisórias são *convertidas* em lei. E, como parece óbvio, não se pode converter *em lei* algo que já é *lei*¹⁴⁷⁰.

Fora isso, quem advoga a possibilidade de emprestar-se natureza estritamente legislativa às medidas provisórias costuma ignorar uma providência preliminar adotada pelo constituinte originário no ADCT. De acordo com o texto constitucional, todos os dispositivos legais que eventualmente atribuíssem competência ou delegação de “ação normativa” a órgão do Poder Executivo ficaria automaticamente revogado após esgotados 180 dias da promulgação da Constituição¹⁴⁷¹.

Para além disso, a despeito da tentativa de superar a pesada herança legada pelos decretos-lei da ditadura militar, por muito tempo as medidas provisórias desempenharam papel deletério na dinâmica parlamentar, levando muitas vezes à inviabilidade prática da atividade legislativa do Congresso. Com a possibilidade de reedição infinita, o Presidente da República tornava-se “de facto no principal órgão legislativo do país”¹⁴⁷². Essa mecânica perniciosa só veio a ser parcialmente superada com a Emenda Constitucional nº. 32/2001, que encerrou a possibilidade de reedição sucessiva de MPs, mas, ao mesmo tempo, introduziu a igualmente nociva prática do “trancamento de

¹⁴⁶⁸ É certo, todavia, que o instrumento das medidas provisórias, de uso cada mais indiscriminado por parte do Poder Executivo, tem gerado clima de insatisfação no Poder Legislativo e acentuado o “natural clima de tensão entre os Poderes Legislativo e Executivo” (KADRI, Omar Francisco do Seixo. Op. cit., p. 231). Isso se dá principalmente em razão da figura do “trancamento de pauta”, permitindo ao Poder Executivo na prática definir unilateralmente a agenda legislativa do Congresso. Isso, é claro, gera reflexos negativos sobre o necessário equilíbrio que deve haver entre os poderes do Estado, acabando por transformar-se em fator de desequilíbrio institucional, dada a ampla autonomia e irresponsabilidade política do Presidente da República, no regime de governo presidencialista brasileiro” (Op. Cit., Loc. Cit.).

¹⁴⁶⁹ Na verdade, o grande risco presente nas decisões com efeitos vinculantes reside na “possibilidade de se imprimir eficácia *erga omnes* a formas de criação normativa que a Constituição parece não admitir ao STF” (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 311).

¹⁴⁷⁰ Em sentido contrário, cf. CLÉVE, Clemerson Merlin. **Medidas provisórias**, cit., p. 76.

¹⁴⁷¹ Cf. art. 25, inc. I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Nesse sentido, cf. CLÉVE, Clemerson Merlin. **Medidas provisórias**, cit., p. 41 e ss.

¹⁴⁷² MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 411.

pauta”, amarra do qual o Congresso tem tentado em vão se libertar há pelo menos uma década¹⁴⁷³.

III.4.8 O Poder Legislativo

No caso brasileiro, desde a independência do país, o sistema congressional organiza-se em um sistema bicameral: a Câmara dos Deputados, a quem compete a representação popular *in stricto sensu*; e o Senado Federal, ao qual incumbe a representação dos Estados-Membros (províncias, no antigo Império)¹⁴⁷⁴.

Assim estruturada a tripartição funcional no caso brasileiro, ao Poder Legislativo compete, precipuamente, o poder de criar normas gerais a regular a conduta, os direitos e os deveres da Administração Pública e dos cidadãos¹⁴⁷⁵. O artigo 48 do texto constitucional não deixa dúvidas acerca da competência do Congresso Nacional para “*dispor sobre todas as matérias de competência da União*” (g.n). Em outras palavras: não há, no ordenamento brasileiro, possibilidade de *legislação* fora das hipóteses outorgadas ao Poder Legislativo¹⁴⁷⁶.

Embora seja certo que as normas necessitam, em princípio, da sanção presidencial para adquirirem eficácia plena, o artigo 66, §4º, da Constituição Federal, deixa claro que a vontade a prevalecer afinal é a do Congresso Nacional¹⁴⁷⁷. Por maioria absoluta, em escrutínio secreto, pode o Congresso deliberar pela derrubada do veto. Nesse caso, o projeto é enviado ao Presidente da República em caráter mandamental, unicamente para promulgação¹⁴⁷⁸.

Há quem ressalve, ainda, a reserva de iniciativa, a indicar uma possível atividade criadora por parte do Executivo ou do Judiciário em determinadas matérias¹⁴⁷⁹. Todavia, a reserva de iniciativa, assim como o veto presidencial¹⁴⁸⁰, nada mais é do que

¹⁴⁷³ Para a explicação do mecanismo de trancamento de pauta e uma crítica mais aprofundada ao instituto, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 218-226.

¹⁴⁷⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 411-414.

¹⁴⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 520.

¹⁴⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 228.

¹⁴⁷⁷ “Art. 66 – *Omissis*.

(...)”

§ 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto”.

Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 528.

¹⁴⁷⁸ Por isso Celso Bastos afirma que no Brasil existe “o veto relativo e não o absoluto” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 520).

¹⁴⁷⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 518.

¹⁴⁸⁰ Nesse sentido, cf. PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 82.

manifestação do mecanismo de *checks and balances* no sistema de tripartição brasileiro¹⁴⁸¹. Compete ao Presidente da República e ao Supremo Tribunal Federal remeter ao Congresso Nacional determinados projetos de lei de seu interesse, vedando-se, nesse caso, a iniciativa parlamentar para deflagração do processo legislativo¹⁴⁸². Ainda assim, competirá única e exclusivamente ao Poder Legislativo deliberar sobre as propostas. E, uma vez enviado ao projeto, a este poder-se-á acrescentar ou suprimir parcelas do texto¹⁴⁸³.

Bem se vê que, no tocante ao Poder Legislativo, a margem de manobra, conquanto sujeita a restrições, é razoavelmente ampla. É dele a competência primária para a “edição de ato normativo”, gozando, portanto, de “amplo espaço discricionário” para determinar a forma e o conteúdo da norma. Não só isso¹⁴⁸⁴. A *última palavra* em matéria de criação legislativa também é a sua, e de mais ninguém¹⁴⁸⁵.

III.4.9 O Poder Executivo

Em nível federal, o Poder Executivo expressa-se na figura do Presidente da República. Além do comando supremo das Forças Armadas, o Presidente reúne em si as chefias de Estado e de Governo, à semelhança do modelo norte-americano. Todavia, o caso brasileiro distancia-se por completo de sua congênere estadunidense, pois enquanto nos Estados Unidos ao presidente outorgam-se poderes quase imperiais, no Brasil a dependência do Congresso fez com que os estudiosos formulassem a expressão “Presidencialismo de Coalizão”, obrigando-o a “permanentes transações com diversas bancadas parlamentares e um fortalecimento do Congresso”¹⁴⁸⁶.

Ao Poder Executivo compete principalmente implementar as políticas públicas e zelar pela observância das normas aprovadas pelo parlamento. No âmbito

¹⁴⁸¹ Nesse sentido. Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 524.

¹⁴⁸² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 909-913.

¹⁴⁸³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 917-918.

¹⁴⁸⁴ STURZENEGGER, Ricardo Luiz Blundi. Novas perspectivas sobre o mandado de injunção. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 290, p. 55.

¹⁴⁸⁵ Há mesmo quem defenda que não pode sequer haver qualquer espécie de delegação da função legislativa “sem que isso se constitua vilipêndio à separação de Poderes” (MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Op. Cit., p. 7).

¹⁴⁸⁶ (MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 407). A expressão “Presidencialismo de Coalizão” foi inicialmente idealizada pelo sociólogo Sérgio Abranches. Trata-se de uma “forma de poder singular existente no Brasil”, no qual o “Presidencialismo Imperial” de inspiração norte-americana seria temperado com concessões a uma “composição parlamentar multipartidária”, do qual resultaria “executivos apoiados em grandes coligações de dois eixos, o partidário e o estadual”. Conduzido pelas circunstâncias políticas ao paroxismo, a estruturação desse sistema de “Presidencialismo de Coalizão” converteu-se em um “sistema corruptor de elevadíssima escala construído a partir do centro do poder” (MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 406-408).

federal, é o Presidente da República quem personifica o Poder Executivo¹⁴⁸⁷. Compete-lhe precipuamente exercer a chefia de governo e a chefia do Estado. Suposto disponha de poderes *quase-normativos*, como espelham os decretos autônomos¹⁴⁸⁸, mesmo assim seus poderes “legislativos” são extremamente limitados pela Carta de 1988. O Presidente pode dispor, por meio de decreto, sobre a “organização e funcionamento da administração federal”. Entretanto, só pode fazê-lo quando “não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”¹⁴⁸⁹. E pode extinguir – mas não criar – funções ou cargos públicos; ainda assim, somente “quando vagos”¹⁴⁹⁰. Trata-se de competência circunscrita ao “arranjo intestino dos órgãos e competências já criados por lei”, razão pela qual essa espécie normativa não conforme ato que venha a inovar “decisivamente no ordenamento jurídico”¹⁴⁹¹. Em relação ao processo legislativo propriamente dito, a Constituição reserva-lhe duas únicas funções: iniciá-lo, “na forma e nos casos previstos nesta Constituição”; e concluí-lo, através da sanção ou do veto à iniciativa legislativa¹⁴⁹².

III.4.10 O Poder Judiciário

No que toca ao Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988 fez uma opção clara pela expansão de seus poderes¹⁴⁹³, certamente em razão do trauma decorrente do período ditatorial precedente. Nenhuma norma pode afastar a possibilidade de levar-se um conflito de interesses ao Judiciário¹⁴⁹⁴. E ele passou a poder decidir não só à luz da lei *stricto sensu*, mas, também, à luz dos princípios expressos e até mesmo implícitos no texto constitucional¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 542-543.

¹⁴⁸⁸ Cf. Art. 84, inc. VI, CF/88. Nesse sentido, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 523.

¹⁴⁸⁹ Cf. Art. 84, inc. VI, alínea “a”, CF/88. Nesse sentido, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 523.

¹⁴⁹⁰ Cf. Art. 84, inc. VI, alínea “b”, CF/88. Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 489.

¹⁴⁹¹ CLÉVE, Clemerson Merlin. **Medidas provisórias**, cit., p. 43.

¹⁴⁹² Cf. Art. 84, inc. III, CF/88. Ressalva-se, contudo, o poder de sanção ou veto ao término do processo. No primeiro caso, contudo, se permanecer silente, o projeto ter-se-á por sancionado tacitamente; no segundo, como afirmado alhures, o veto pode ser derrubado pelo Congresso. Portanto, sua participação na fase final do processo legislativo é, por assim dizer, periférico. Além disso, como lembra Nuno Piçarra, com a separação de poderes “o veto é reduzido a uma *negative voice*, que apenas exprime a oposição do Rei a um acto legislativo autónomo e perfeito da exclusiva autoria do Parlamento”. Portanto, o chefe de Estado “já não participa da legislação mas apenas a controla” (PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 83).

¹⁴⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 41.

¹⁴⁹⁴ Cf. Art. 5º, inc. XXXV, da CF/88. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 497-499.

¹⁴⁹⁵ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 274.

Compete-lhe, assim, decidir, com o *monopólio da última palavra*, os conflitos de interesse em geral¹⁴⁹⁶. É nisso que consiste a chamada *jurisdição*, ou seja, o poder do Estado de decidir, de modo imparcial e em última instância, um conflito entre duas partes¹⁴⁹⁷. Do ponto de vista orgânico, o Poder Judiciário aponta na direção de um “complexo de órgãos criados para o efeito de realizar a justiça, nomeadamente a resolução de controvérsias ou litígios jurídicos”¹⁴⁹⁸. Por isso mesmo, “a função jurisdicional é uma actividade secundária e passiva, subordinada à Constituição e à lei, e que se traduz na composição imparcial de conflitos ou litígios através da aplicação do direito”¹⁴⁹⁹.

Encimando o poder judicial, o Supremo Tribunal Federal “cresceu em peso institucional sob a égide da Constituição de 1988”¹⁵⁰⁰. Ao lado do largo espectro de competências que lhe foram generosamente outorgadas pelo legislador constituinte originário, o Supremo, com base na ideologia neoconstitucionalista¹⁵⁰¹, passou a arrogar-se poderes não previstos na Carta da República, tomando para si o papel de um “autêntico poder arbitral, moderador e até impulsionador de alterações normativas”¹⁵⁰².

Embora estejam longe de ser meramente a “boca da lei”, na clássica definição de Montesquieu, aos juízes não foram conferidos poderes legislativos¹⁵⁰³. O máximo que a Constituição permitiu-se conceder ao Poder Judiciário, em termos de competências legiferantes, foi tão-só atribuir com exclusividade aos Tribunais de Justiça dos Estados os poderes para elaborar seus regimentos internos¹⁵⁰⁴. E mesmo essa competência é deveras restrita. Os regimentos não podem, por exemplo, criar recursos – como os conhecidos “agravos regimentais” – por se tratar de matéria de competência

¹⁴⁹⁶ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 131.

¹⁴⁹⁷ (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 88-89). Em sentido contrário, Manuel Gonçalves Ferreira Filho critica a definição por não identificar diferença radical entre a função jurisdicional e a função executiva. Para ele, ambas seriam “executar ou aplicar a lei a casos particulares” (FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 273). Entretanto, a distinção evidencia-se na medida em que a aplicação da lei a um caso concreto, no caso da atividade jurisdicional, dá-se sempre por meio de um *processo*, em que se encontra subjacente um conflito de interesses. Não há – salvo raríssimas exceções – atividade de ofício do julgador, ao contrário do administrador, cuja atividade preponderantemente manifesta-se *ex officio*.

¹⁴⁹⁸ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 16

¹⁴⁹⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Direitos sociais e controlo da inconstitucionalidade por omissão**, cit., p. 605.

¹⁵⁰⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 414.

¹⁵⁰¹ Para uma crítica mais aprofundada do neconstitucionalismo e do ativismo judicial do STF, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 79-113.

¹⁵⁰² MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 414.

¹⁵⁰³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 535.

¹⁵⁰⁴ Art. 96, inc. I, alínea “a”, CF/88. Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 516.

exclusiva da União¹⁵⁰⁵. Trata-se, na verdade, não de uma competência legiferante em sentido estrito, mas de um poder de *autogoverno*, de todo subsumível do texto constitucional¹⁵⁰⁶.

Forte nessas premissas, pode-se concluir que, quando os poderes estatais exercem funções que em princípio não lhe são afeitas, fazem-no na realidade para alcançar a “realização de suas próprias tarefas”¹⁵⁰⁷. Uma vez mais, conclui-se que a competência para a produção de normas gerais e abstratas, de acordo com a estrutura arquitetada pelo constituinte de 1988, recai unicamente sobre o Poder Legislativo¹⁵⁰⁸. Ante essa constatação, a prudência deve reger a consciência dos julgadores, de modo a que interfiram o “mínimo possível no concerto institucional de separação dos poderes, conforme delineado no texto constitucional”¹⁵⁰⁹.

De fato, não faz sentido, dentro da idéia de Estado tripartite, que um poder perdesse ou “fosse desapossado” do núcleo essencial atribuído pelo constituinte¹⁵¹⁰. Permitir às Cortes Constitucionais o exercício da “ampla liberdade de conformação política” do legislador resultaria, inequivocamente, na usurpação do “núcleo essencial da função legislativa”¹⁵¹¹. A admitir-se tal hipótese, ficar-se-ia na esdrúxula situação de a própria “Lei Fundamental não respeitar o princípio da separação de poderes”¹⁵¹².

III.4.11 Separação de poderes x súmula vinculante

Descrito o sistema de tripartição funcional dos poderes adotado pelo constituinte originário, resta então a dúvida: de que maneira a súmula vinculante insere-se dentro do edifício constitucional brasileiro?

Sem embargo das discussões sobre a violação ao princípio da legalidade, a constitucionalidade da súmula vinculante encontra seu principal ponto de atrito com o princípio da separação dos poderes. Para explicar as fricções entre o mecanismo e essa

¹⁵⁰⁵ Art. 22, inc. I, CF/88. Nesse sentido, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 433-434.

¹⁵⁰⁶ Art. 96, inc. I, alínea “a”, CF/88. Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 516. No mesmo sentido, cf. CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito constitucional**, cit., p. 176.

¹⁵⁰⁷ BEÇAK, Rubens. Op. Cit., p. 328.

¹⁵⁰⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 520-521.

¹⁵⁰⁹ STURZENEGGER, Ricardo Luiz Blundi. Op. Cit., p. 54.

¹⁵¹⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, t. 1, cit., p. 40.

¹⁵¹¹ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 261.

¹⁵¹² MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**, t. 1, cit., p. 40.

cláusula pétrea da Constituição, é necessário antes repisar algumas distinções entre um e outro.

III.4.11.1 A função histórica das súmulas x a atual súmula vinculante

O primeiro passo para entender a controvérsia que cerca o potencial conflito da súmula vinculante com o princípio da separação dos poderes é entender o sentido histórico das súmulas jurisprudenciais brasileiras e em que medida os verbetes sumulares – sobre cuja constitucionalidade jamais pairou dúvida – diferenciam-se da atual súmula vinculante.

Em seu sentido original, as súmulas do STF tinham como objetivo evidenciar que o Tribunal já houvera pacificado seu entendimento sobre determinada questão. Sua primeira função, portanto, seria servir aos membros da própria Corte, tornando despicienda a consulta e a referência a precedentes anteriores. Sob esse aspecto, não resta dúvida de que a súmula encontrava-se claramente desprovida de conteúdo normativo¹⁵¹³.

Com efeito, quando o STF firmava o entendimento segundo o qual determinada norma era ou não constitucional, não estava a determinar que essa norma deveria ou não incidir, mas, sim, que em determinadas circunstâncias o Tribunal entende que a norma é ou não é inconstitucional. Enquanto no primeiro caso há um juízo *político*, que opera no plano do dever-ser (deve ou não existir a norma), no segundo há juízo unicamente *jurídico*, que opera no plano do *ser* (a norma é ou não inconstitucional)¹⁵¹⁴.

A súmula vinculante, ao contrário, abandona a idéia original das súmulas tribunalícias brasileiras, ao menos em sua perspectiva histórica¹⁵¹⁵. E isso dá-se exatamente em virtude do adjetivo que lhe apôs o legislador constituinte derivado: *vinculantes*.

Em verdade, a idéia de vinculação sempre esteve ligada como atributo da norma jurídica. É através dela que se expressa a submissão da parte ao preceito jurídico nela contido¹⁵¹⁶. Ao contrário das súmulas tradicionais, que representavam “mais que um conselho mas menos que um comando”¹⁵¹⁷, o verdadeiro propósito por trás das súmulas

¹⁵¹³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Op. Cit., p. 210.

¹⁵¹⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Súmula vinculante. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 212.

¹⁵¹⁵ Nesse sentido, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 300 e ss.

¹⁵¹⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Op. Cit., p. 210.

¹⁵¹⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Op. Cit., p. 214.

vinculantes é “esconder, metafisicamente, o caso concreto atrás de um verbete (enunciado, súmula, etc.)”, numa busca aparentemente inútil de açambarcar numa única sentença as mais diversas hipóteses de subsunção da norma¹⁵¹⁸. E, ao estender seus efeitos, por força da norma constitucional, a todos os órgãos da Administração Pública, do Judiciário e, enfim, a todos os cidadãos, a súmula vinculante desde logo abandona sua função primária de auxiliar o processo decisório dos ministros do Supremo Tribunal Federal, passando a traduzir verdadeira *norma jurídica*¹⁵¹⁹.

Não será segredo para ninguém que a introdução do mecanismo da súmula vinculante tinha como objetivo confesso operar numa busca de efetividade *quantitativa*, mas não *qualitativa* das decisões judiciais. A idéia, como parece óbvio, seria procurar uma unificação na interpretação das normas jurídicas a partir da enunciação de um verbete sumular no qual estejam contempladas as diversas e futuras hipóteses de aplicação do enunciado¹⁵²⁰. De fato, a súmula possui o condão de influenciar e até mesmo condicionar o comportamento não só dos integrantes do STF, mas também da Administração Pública e até dos jurisdicionados. Esse, no entanto, seria um efeito acidental e acessório do mecanismo, cujo objetivo principal seria o de firmar o entendimento da Corte sobre determinada matéria¹⁵²¹.

O grande problema por trás desse novo mecanismo talvez resida na possibilidade de que a ampla discricionariedade na apreciação dos casos judiciais redunde em arbitrariedades “em nome da ideologia do caso concreto”. Disso resulta, dada a ampla possibilidade de respostas, um sistema “desgovernado” e “fragmentado”. Na tentativa de controlar esse “caos decisionista”, busca-se, através das súmulas vinculantes, conceber “conceitos abstratos com pretensões de universalização, como se fosse possível uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses futuras de aplicação”¹⁵²².

Não há de negar-se que a vinculação, como atributo emprestado às decisões da Justiça Constitucional, adquire sem dúvida sentido muito mais específico e restrito¹⁵²³. Uma súmula, mais até do que outros textos jurídicos, traz consigo “inúmeras

¹⁵¹⁸ STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 230.

¹⁵¹⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Op. Cit., p. 215.

¹⁵²⁰ Nesse sentido, cf. STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 228.

¹⁵²¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Op. Cit., p. 213.

¹⁵²² STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 230. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁵²³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Op. Cit., p. 210.

situações concretas que a ensejaram e que conformarão a compreensão do intérprete”¹⁵²⁴. Quando se transportou, por influência do direito germânico, a eficácia vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, o objetivo não foi outro senão o de impor que se as observasse “enquanto norma abstrata que dela se extrai”¹⁵²⁵. Afinal, a força obrigatória geral expressa nesse preceito “*precisa a dimensão não apenas objectiva mas também subjectiva da força do caso julgado material*”¹⁵²⁶.

A questão, como todos sabemos, é que a súmula também é um texto. Como tal, está sujeita a ser “compreendida a partir de um olhar hermenêutico”¹⁵²⁷. O risco, portanto, é cair-se em um paradoxo tautológico, segundo o qual o texto da súmula vinculante contém em si – e se constitui – na própria norma a ser aplicada, o que desvaloriza o enunciado como instrumento de uniformização do pensamento jurídico¹⁵²⁸.

Examinando-se a fundo, conclui-se que a idéia de súmula vinculante, com seu inegável caráter normativo, não se conforma sem atritos dentro de um sistema de *civil law*¹⁵²⁹. Parece claro que os verbetes sumulares não podem ser reduzidos a “*prêt-à-porters* predominantes no mundo jurídico”, pois não dispõe dos mesmos atributos inerentes às normas produzidas pelo legislador, quais sejam, generalidade e abstração¹⁵³⁰. Não é por acaso que, em muitas ocasiões, as discussões entre os ministros quando da edição de súmulas vinculantes denuncia o desejo íntimo de suas excelências não de sumular a interpretação mais correta da questão, mas, sim, de normatizar da forma como entenderem mais conveniente a matéria em debate¹⁵³¹.

É de se destacar, por oportuno, que a súmula vinculante maximiza o costume deletério da jurisprudência nacional de decidir casos concretos a partir da simples remissão a julgados anteriores, quando muitas vezes sequer há aproximação mínima entre o caso decidido e o caso sob exame. Apesar de ser exata a noção de que a súmula encerra uma “orientação interpretativa desacoplada de uma decisão jurisdicional específica”¹⁵³²,

¹⁵²⁴ STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 234.

¹⁵²⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Op. Cit., p. 211.

¹⁵²⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 290. Itálicos do original.

¹⁵²⁷ STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 234.

¹⁵²⁸ Nesse sentido, cf. STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 228.

¹⁵²⁹ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 83.

¹⁵³⁰ STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 229.

¹⁵³¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Op. Cit., p. 216.

¹⁵³² MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 301.

seu pressuposto é a reiteração de decisões em processos específicos. Além de enfraquecer a “força persuasiva da doutrina” como fonte do direito, essa conformação atribuí ao STF, praticamente em caráter exclusivo, a tarefa de atribuir significado jurídico às normas, “fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos”¹⁵³³.

III.4.11.2 Súmula vinculante como lei

Desde há muito entende-se de forma pacífica que a sentença ou a decisão colegiada produzida pelo Poder Judiciário é uma *norma*, e, como tal, *fonte do Direito*¹⁵³⁴. Do ponto de vista puramente formal, portanto, não há dúvida de que as decisões do Judiciário brasileiro – aí incluído obviamente o STF – são *normas* e, desse modo, reconhece-se à atividade jurisdicional no seu conjunto algum poder normativo¹⁵³⁵. Todavia, dessa premissa é possível concluir que a súmula vinculante se subsume dentro da atividade judicante ordinária realizada pelo Supremo? Ou haverá na outorga de semelhante poder ao Supremo Tribunal Federal alguma margem para fricção com a cláusula pétrea que salvaguarda o princípio da separação dos poderes?¹⁵³⁶

Não há como negar que a edição de súmulas representativas do entendimento predominante dos tribunais assume uma componente indiscutivelmente propositiva. Do contrário, dificilmente seriam aceitas pela generalidade dos demais órgãos estatais¹⁵³⁷.

Não se ignora, também, que o emprego correto do instituto das súmulas vinculantes permite ao Supremo Tribunal Federal reduzir drasticamente o número de recursos extraordinários remetidos à Corte, contribuindo para uma prestação jurisdicional mais célere e uniforme, impedindo, também, que casos iguais resultem em resultados jurídicos desiguais, reforçando a autoridade do Tribunal como guarda maior da Constituição¹⁵³⁸. A questão, contudo, é saber se efetivamente os verbetes sumulares desempenham a função pretendida, assim como indagar se essa nova estruturação do sistema de controle de constitucionalidade não implica alguma forma de violação ao princípio da separação de poderes, cláusula pétrea do nosso texto constitucional. Na

¹⁵³³ STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil**, cit., p. 229.

¹⁵³⁴ Nesse sentido, cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, cit., p. 263.

¹⁵³⁵ Nesse sentido, cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.*, p. 73 e ss.

¹⁵³⁶ Cf. art. 60, §4º, inc. III, da Constituição Federal de 1988.

¹⁵³⁷ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 101.

¹⁵³⁸ MORAES, Alexandre de. **As súmulas vinculantes e a necessidade de limites ao ativismo judicial**, cit., p. 129.

melhor das hipóteses, a súmula vinculante promove “uma redução da margem de subjetividade possível”, na medida em que, expressa em vernáculo, também ela determina um comando normativo e, por conseguinte, sujeita-se a “uma nova leitura subjetiva diversificada”¹⁵³⁹.

III.4.11.2.1 Súmula vinculante x função legislativa

Conforme se observou anteriormente, a súmula vinculante permite ao STF o desempenho de uma função *quasi* legislativa, ou *paralegislativa*¹⁵⁴⁰. Mesmo os que defendem a inexistência de violação ao princípio da separação dos poderes entendem que a súmula vinculante, “embora não seja lei”, tem “força de lei”, visto que “se reveste de suas características essenciais, quais sejam, é geral, abstrata, impessoal e obrigatória”¹⁵⁴¹.

Nessa perspectiva, parte da doutrina não enxerga qualquer obstáculo na introdução do mecanismo da súmula vinculante em nosso ordenamento. Ao lado da debilidade do Poder Legislativo, “adepto do fisiologismo” e ligado “historicamente a interesses privados”, e da proeminência do Poder Executivo, com seu “uso abusivo de medidas provisórias”, não haveria razão para questionar a outorga de semelhante competência ao órgão máximo do Poder Judiciário. A uma, porque a inserção do verbete vinculante deu-se por intermédio da “própria via legislativa”. A duas, porque “o princípio da separação dos poderes não tem o rigor nem a força ideológica de outrora”. Os argumentos, contudo, apresentam frágil solidez epistemológica¹⁵⁴².

A rigor, não faz sentido afastar a violação ao princípio da separação dos poderes sob o argumento semi-tautológico de que o próprio Poder Legislativo houvera aquiescido com a supressão parcial de sua competência legiferante e, por conseguinte, “toda a sociedade”¹⁵⁴³. Tal pretexto é facilmente contraditado pela constatação palmar de que o esquema tripartite de repartição funcional do poder do Estado foi posto a salvo do legislador constituinte derivado pelo legislador constituinte originário¹⁵⁴⁴. A tripartição dos

¹⁵³⁹ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 103.

¹⁵⁴⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 418.

¹⁵⁴¹ CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes. **Revista de Processo**. Vol. 168. Ano 34. p. 143-160. São Paulo: RT, fev/2009, p. 146.

¹⁵⁴² LOR, Encarnación Alfonso. Op. Cit., p. 144. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁵⁴³ LOR, Encarnación Alfonso. Op. Cit., p. 144.

¹⁵⁴⁴ Cf. art. 60, §4º, inc. III, da Constituição Federal de 1988.

poderes, no Brasil, encontra-se expressa como cláusula pétrea da Constituição¹⁵⁴⁵. Por isso mesmo, afigura-se como imprópria qualquer emenda que suprima a independência ou da qual resulte estorvo à autonomia de qualquer um dos poderes¹⁵⁴⁶. Não há de olvidar-se, também, que as súmulas vinculantes podem assumir o deletério papel de “mecanismo paralisante da dinâmica social, que é elemento de suma importância do sentimento jurídico”¹⁵⁴⁷. Nessa linha, pouco importa se a súmula vinculante foi introduzida em nosso ordenamento de acordo com o procedimento regular de modificação da Constituição. O que interessa é saber se, uma vez introduzida em nosso ordenamento, revela-se ela compatível com o texto constitucional.

III.4.11.2.2 Súmula vinculante x medidas provisórias

Tampouco socorre em favor da autorização para atividade legiferante do STF o recorrente exemplo das medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, as quais são caracterizadas – e caracterizadas de maneira equivocada – como atividade legislativa anômala por muitos doutrinadores¹⁵⁴⁸. Como se sabe, as medidas provisórias têm eficácia predefinida no tempo. Se não forem aprovadas pelo Congresso Nacional no exíguo prazo de cento e vinte dias após sua edição, caducam e não podem ser reapresentadas na mesma sessão legislativa¹⁵⁴⁹. Já a “normatização” produzida pelo STF através das súmulas vinculantes emanaria seus efeitos indefinidamente, até sua revisão ou cancelamento pelo próprio Supremo. E o que é pior: sem que concorram para sua produção quaisquer dos outros dois poderes.

Nesse particular, deve-se registrar que milita em favor da medida provisória o fato de ela advir de dois poderes (Executivo e Legislativo) que extraem sua legitimidade diretamente do voto popular. Decretada pelo Presidente da República, a medida provisória revela-se um *projeto de lei de eficácia imediata*, visto produzir efeitos desde sua edição. Todavia, sujeita-se a medida provisória à chancela do Parlamento, o

¹⁵⁴⁵ CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. Op. Cit., p. 71.

¹⁵⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 144.

¹⁵⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 561.

¹⁵⁴⁸ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. Cit., p. 112.

¹⁵⁴⁹ Cf. art. 62, §3º, da Constituição Federal de 1988.

qual, soberanamente, pode emendá-la e, no limite, rejeitá-la, circunstância que impedirá o Poder Executivo de baixar nova medida sobre a matéria na mesma sessão legislativa¹⁵⁵⁰.

No caso das súmulas vinculantes, nada disso ocorre. Onze cidadãos não eleitos, desprovidos de qualquer forma de mandato popular, editam um verbete cujo enunciado, se não é igual, possui ao menos força obrigatória equivalente à lei em sentido formal. E o que é pior. Ao contrário das medidas provisórias, não há outro órgão a fiscalizar a atividade do Supremo Tribunal Federal nesse particular. Se houver abusos na edição de súmula, não existe a quem recorrer. Ainda que possa ser provocado a revisá-la ou cancelá-la, a última palavra estará sempre com o STF, circunstância ausente nas medidas provisórias, cuja aprovação sempre estará sujeita à concordância prática de dois poderes: o Executivo, que a edita; e o Legislativo, que a modifica e aprova-a. Em que pese a autorização constitucional, não parece que o Supremo Tribunal Federal esteja autorizado a elaborar enunciados sumulares genéricos e abstratos. Do contrário, estaria a Suprema Corte a usurpar a função legislativa conferida ao Congresso, tarefa que não lhe comete. Talvez o raciocínio mais razoável seja compreender que o que deve ser seguido não é exatamente o preceito vernacular expresso no verbete sumular, mas, sim, os precedentes jurisprudenciais que lhe deram causa¹⁵⁵¹.

III.4.11.2.3 O problema da interpretação das súmulas vinculantes

A grande contrariedade que se esconde por trás do instituto da súmula vinculante reside no fato de que sua aplicação prática dependeria de um esforço de autocontenção do Supremo Tribunal Federal quanto aos limites estabelecidos pelo legislador constituinte derivado¹⁵⁵². Se as súmulas de fato se resumissem “*extratos dos precedentes anteriormente julgados*”, não haveria qualquer razão para balbúrdia¹⁵⁵³. O resumo enunciativo do entendimento pretoriano estaria assentado em bases legais, emanadas dos entes democraticamente legitimados. Mas, quando o Supremo arvora-se o direito de editar “*súmulas abstratas, tal qual textos legislativos*”, não resta dúvida de que está a invadir seara restrita do legislador¹⁵⁵⁴.

¹⁵⁵⁰ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 71.

¹⁵⁵¹ CUNHA, Leonardo Carreira da. Op. Cit., p. 66.

¹⁵⁵² MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 313.

¹⁵⁵³ MORAES, Alexandre de. **As súmulas vinculantes e a necessidade de limites ao ativismo judicial**, cit., p. 130-131. Grifos do original.

¹⁵⁵⁴ MORAES, Alexandre de. **As súmulas vinculantes e a necessidade de limites ao ativismo judicial**, cit., p. 130-131. Grifos do original.

Com efeito, uma vez aprovada, a súmula vinculante estrutura-se como um *texto*, texto que, por óbvio, passa a ser *interpretado*, à semelhança do que ocorre com qualquer lei aprovada pelo Parlamento. A despeito de em sua maioria constituírem “*textos normativos relativamente concisos*”, tal característica não significa dizer que a súmula vinculante “*não careça ela própria de ser descodificada pela via interpretativa*”¹⁵⁵⁵. Não por acaso, a Suprema Corte norte-americana, na formulação de seus precedentes, sempre se pautou pela observância de duas premissas fundamentais: 1) nunca precipitar a análise de questões constitucionais “antes de ser necessário decidi-las”; e 2) jamais “formular uma regra de direito constitucional mais ampla do que a requerida pelos precisos fatos aos quais ela deve ser aplicada”¹⁵⁵⁶.

A rigor, nem que o Supremo Tribunal Federal respeitasse os limites estabelecidos pelo constituinte derivado o instituto estaria isento de críticas. Mesmo que se observasse a necessidade de reiteração de julgados como pré-condição para a edição de uma súmula, há de se recordar que processos repetidos pode haver muitos, mas os fundamentos que os embasam podem ser diferentes. Esse problemática acompanhava a justiça constitucional brasileira já há algum tempo, “mas, doravante, agravar-se-á”¹⁵⁵⁷.

Verifica-se, pois, que o instituto da súmula vinculante não se reconduz a um apanhado de decisões judiciais, condensadas de modo a resumir o entendimento do Tribunal. Longe disso. A partir da fundamentação de decisões adotadas em controle concreto, a Corte “extraí critérios interpretativos que condensa em enunciados normativos precisos, dotados de eficácia geral, configurando uma via ‘quase-abstracta’”¹⁵⁵⁸. Em outras palavras, trata-se de uma *norma*. E, na medida em que se outorga a um órgão do Poder Judiciário o poder para editar *normas*, cai por terra a idéia de repartição das funções estatais em corpos orgânicos, independentes e distintos entre si. Afinal, o grande impulso por trás do princípio da separação de poderes era impedir que um mesmo órgão produzisse leis e aplicasse-as, de maneira a impedir que leis tirânicas fossem executadas tiranicamente¹⁵⁵⁹.

Verdadeiramente, a questão ganha contornos ainda mais graves quando se verifica a autorização para que o Supremo atue de ofício em matéria de verbetes vinculantes. Essa prerrogativa, associadas às técnicas da interpretação conforme e da

¹⁵⁵⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 303-304. Itálicos do original.

¹⁵⁵⁶ FARNSWORTH, E. Allan. Op. Cit., p. 164.

¹⁵⁵⁷ TAVARES, André Ramos. **O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**, cit., p. 336.

¹⁵⁵⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 307.

¹⁵⁵⁹ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 93.

declaração de nulidade sem redução de texto¹⁵⁶⁰, permitem ao Tribunal “editar, de ofício, Súmulas Vinculantes não só no tocante à vigência e à eficácia do ordenamento jurídico, *mas também em relação à sua interpretação*”¹⁵⁶¹. E, por óbvio, essa atividade não raro desemboca na “transformação da corte em verdadeiro *legislador positivo*, completando e especificando princípios e conceitos indeterminados do texto constitucional, ou ainda, moldando sua interpretação com elevado grau de subjetivismo”¹⁵⁶².

Foi o que ocorreu, por exemplo, no caso da súmula anti-nepotismo.

III.4.11.3 A súmula anti-nepotismo

Desde a mais tenra idade o país convivia com a prática espúria de nomeação de apaniguados para os mais diversos cargos na República. Valendo-se da excessiva tolerância de uma população bestializada com os mecanismos semi-estamentais de uma casta desacostumada a prestar contas de seus atos, parentes de políticos e mesmo de membros do Judiciário eram nomeados, sem concurso público, para ocupar funções de confiança nos mais diversos níveis. Bem remunerados, esses cargos permitiam a seus ocupantes usufruir todas as benesses que o Estado pode oferecer aos seus servidores.

Após longa discussão, que se iniciou com a edição de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça vedando a prática de nepotismo no Poder Judiciário¹⁵⁶³, finalmente o Supremo Tribunal Federal veio a encerrar o assunto, editando uma súmula segundo a qual “a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁶⁰ Para uma crítica à extensão por via legal da eficácia vinculante às hipóteses de interpretação conforme e de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, p. 293 e ss.

¹⁵⁶¹ MORAES, Alexandre de. **As súmulas vinculantes e a necessidade de limites ao ativismo judicial**, cit., p. 121. Grifos do original.

¹⁵⁶² MORAES, Alexandre de. **As súmulas vinculantes e a necessidade de limites ao ativismo judicial**, cit., p. 121. Grifos do original.

¹⁵⁶³ Para o relato, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 82-83.

¹⁵⁶⁴ Cf. Súmula Vinculante nº. 13.

Embora o Tribunal tenha se esforçado para ser o mais claro possível na determinação vinculativa, logo começaram a surgir dúvidas. O que fazer, por exemplo, com parentes nomeados para funções de confiança de natureza política, como é o caso de ministros de Estado ou secretários municipais? Seria possível enquadrar cargos de tão alto nível na mesma vedação expressa no verbete sumular?

Para o STF, a resposta foi negativa. Posto diante do dilema, decidiu o Supremo que, dada a natureza política desses cargos, os seus ocupantes não poderiam ser “enquadrados na classificação de agentes administrativos”. Por isso mesmo, “decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante nº 13”¹⁵⁶⁵.

Em mais de uma oportunidade, o Supremo reafirmou esse entendimento, ao asseverar que, “ressalvada situação de fraude à lei, a nomeação de parentes para cargos públicos de natureza política não desrespeita o conteúdo normativo do enunciado da Súmula Vinculante 13”¹⁵⁶⁶.

Dúvida semelhante surgiu em relação aos servidores já ocupantes de cargos efetivos na Administração Pública. Visto que tais pessoas já integram o *corpus* administrativo, seria razoável estender-lhes a vedação prevista para nomeação de cargos de confiança em razão do parentesco com algum agente público?

Mais uma vez, o Supremo pôs limites ao seu próprio entendimento. Confrontado com a extravagância da situação, o STF entendeu que, embora “a norma anti-nepotismo deva incidir sobre cargos de provimento em comissão, as funções gratificadas e os cargos de direção e assessoramento”, deve-se excluir do âmbito de “incidência da norma” as hipóteses de “servidores admitidos mediante concurso público, ocupantes de cargo de provimento efetivo”¹⁵⁶⁷.

Repare-se que, em todos os casos, não se partiu da interpretação da norma constitucional concernente à moralidade e à impessoalidade no trato da coisa pública¹⁵⁶⁸. Tratou-se, apenas, de *interpretar o conteúdo da própria súmula vinculante*

¹⁵⁶⁵ STF – I Turma. Rcl nº. 7.590/PR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 20.9.14, publicada no DJ de 14.11.14.

¹⁵⁶⁶ STF – II Turma. AgRg no RE nº. 825.682/SC. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgado em 10.2.15, publicada no DJ de 2.3.15.

¹⁵⁶⁷ STF – Pleno. Adin nº. 524/ES. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 31.7.15, publicada no DJ de 3.8.15.

¹⁵⁶⁸ Cf. art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

editada pelo Supremo Tribunal Federal. Até mesmo a linguagem empregada pelos ministros em suas decisões – “restringir a incidência da norma”, “conteúdo normativo do enunciado da Súmula Vinculante 13” – denunciam que o que se está a fazer é proceder a uma atividade hermenêutica por sobre o conteúdo de uma *norma* aprovada pelo STF. Não há, portanto, dúvidas quanto ao conteúdo do ato que se pretende interpretar.

Evidentemente, a atuação do Supremo no campo legiferante estava fadada ao fracasso. À toda prova parecia claro que o Tribunal não conseguiria “esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública”, haja vista ser impossível antever no verbete sumular “todas as molduras fático-jurídicas reveladas na pluralidade de entes da Federação (União, estados, Distrito Federal, territórios e municípios) e das esferas de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), com as peculiaridades de organização em cada caso”¹⁵⁶⁹. Logo, mais hora, menos hora, o Supremo teria de demarcar os limites da vedação que ele próprio estabeleceu a partir da edição da súmula anti-nepotismo. E, quando veio a fazê-lo, a natureza normativa das súmula vinculantes revelou-se incontestável.

III.4.12 Separação de poderes x mandado de injunção com eficácia *erga omnes*

Se a introdução da súmula vinculante já desperta dúvidas quanto à sua compatibilidade com o núcleo duro da Constituição, que dizer da atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões prolatadas em sede de mandado de injunção? Poderia o Supremo preencher, a partir de um instrumento concreto e subjetivo, o vácuo legislativo, editando uma norma geral e abstrata para esse efeito?

Não resta dúvida, por exemplo, de que a Corte assumiu um poder claramente legiferante no caso do suprimento do vácuo legislativo no caso do direito de greve dos servidores públicos. Cômico da repercussão negativa que a decisão teria no meio jurídico, o Supremo Tribunal Federal procurou minimizá-la¹⁵⁷⁰, ao negar a possibilidade de que tivesse inovado positivamente no ordenamento¹⁵⁷¹. Mas foi exatamente isso que fez. Quando o STF resolveu estender a eficácia da decisão prolatada a toda e qualquer pessoa, e não somente às partes do processo, abandonou por completo

¹⁵⁶⁹ STF – I Turma. MS nº. 31.697/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 11.3.14, publicada no DJ de 2.4.14.

¹⁵⁷⁰ Para a tentativa de atenuação, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 341.

¹⁵⁷¹ FRANÇA, Giovane de Azevedo. **Os limites funcionais do controle judicial das omissões legislativas**, cit., p. 56.

qualquer possibilidade de que não tenha atuado como legislador positivo. Ainda que provisoriamente, dessa decisão resultou “norma geral e abstrata”, produzida “à semelhança da atividade legislativa”¹⁵⁷². Não há margem, portanto, para tergiversações.

Para parte da doutrina, o mandado de injunção revela “uma espécie de *compartilhamento* da função legislativa entre o legislativo – seu legítimo detentor – e o Judiciário – órgão, em princípio, encarregado de aplicar a lei”¹⁵⁷³. Logo, não haveria qualquer dificuldade para admitir a produção de efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante às sentenças injuncionais. Tudo se daria sob o beneplácito do legislador constituinte originário, que previu o mandado de injunção como instrumento de fiscalização judicial das omissões legislativas inconstitucionais.

III.4.12.1 O Supremo como legislador positivo

O problema por trás desse entendimento é a constatação de que os ministros do STF – juízes não eleitos e, portanto, desprovidos de mandato popular – podem decidir a integração normativa não a partir de critérios exclusivamente jurídicos, mas de critérios políticos, relacionados à conveniência e à oportunidade, característica própria dos órgãos submetidos ao escrutínio político do sufrágio universal¹⁵⁷⁴. Seria no mínimo duvidoso defender que a máxima da busca incessante pela força normativa da Constituição ou pela supremacia do texto constitucional como ápice do ordenamento jurídico possa constituir-se em um cheque em branco para que essa eficácia seja alcançada “a qualquer custo e de qualquer maneira”¹⁵⁷⁵.

É certo que grande parte da responsabilidade por essa assunção de um papel proeminente por parte do Supremo Tribunal Federal decorre da conduta dos próprios entes democraticamente legitimados¹⁵⁷⁶. Na medida em que esses órgãos não se mostram capazes de fornecer respostas adequadas segundo suas formas naturais de deliberação, acaba-se por recorrer ao Supremo em busca de “respostas políticas deste órgão”¹⁵⁷⁷. A questão, como a prática jurisprudencial está a demonstrar, é que, quando colocados diante de dilemas sócio-políticos, os ministros do Supremo parecem “mais empenhados em

¹⁵⁷² FRANÇA, Giovane de Azevedo. **Os limites funcionais do controle judicial das omissões legislativas**, cit., p. 69.

¹⁵⁷³ ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 105. Itálico do original.

¹⁵⁷⁴ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Op. Cit., p. 292.

¹⁵⁷⁵ ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 106.

¹⁵⁷⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 306.

¹⁵⁷⁷ BEÇAK, Rubens. Op. Cit., p. 334.

teorizar suas decisões, comprovando erudição e capacidade intelectual, do que em resolver os casos que lhes são trazidos a exame”¹⁵⁷⁸. E, nos casos das decisões com efeitos *erga omnes*, a “amplitude desnecessária da teorização pode mostrar-se ainda mais nefasta”¹⁵⁷⁹.

Na verdade, quando se permite aos juízes, em nome da defesa dos direitos fundamentais, invadir o “sistema de fiscalização” e direcionar a “verificação da inconstitucionalidade em nome da conformidade material da lei”, haverá aí uma atração quase irresistível para um espaço de indeterminação no qual “o carácter necessariamente vago e aberto deste tipo de normas constitucionais remeteria para o arbítrio do juiz constitucional a possibilidade de imposição dos seus valores próprios contra a decisão democrática do órgão legislativo”. Em resumo, teríamos transformado “ilegitimamente o juiz constitucional num *legislador positivo*”¹⁵⁸⁰.

No fundo, a grande complicação desse “compartilhamento” da função legiferante decorre da constatação de que, irremediavelmente, o princípio democrático restará vulnerado, pois não se pode admitir, sob uma perspectiva de legitimidade do exercício do poder, que cidadãos desprovidos de mandato popular possam aprovar leis em seu sentido formal¹⁵⁸¹. Fora isso, seria acentuada de maneira incontornável a tensão já existente entre o Legislativo e o Judiciário¹⁵⁸².

III.4.12.2 Supremacia da Constituição x Inércia do Legislador

Por outro lado, parece claro que, diante de uma omissão inconstitucional, o STF não pode adotar uma postura “meramente contemplativa”¹⁵⁸³. É necessário, também, exercer os poderes da jurisdição e dar respostas àqueles que buscam a sua proteção jurisdicional diante da inércia do legislador. Afinal, se o próprio texto constitucional determina que o mandado de injunção somente será cabível quando o vácuo legislativo tornar “*inviável* algum direito constitucional abstratamente previsto”, parece evidente que a tutela pretendida pelo constituinte originário seja justamente aquela que transforme esse direito em algo “*viável*”¹⁵⁸⁴. Do contrário, não haveria razão prática para o

¹⁵⁷⁸ VICTOR, Sérgio Antônio Vieira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade – Debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 151.

¹⁵⁷⁹ VICTOR, Sérgio Antônio Vieira. Op. Cit., p. 151.

¹⁵⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 157. Grifo do original.

¹⁵⁸¹ ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 105.

¹⁵⁸² STURZENEGGER, Ricardo Luiz Blundi. Op. Cit., p. 45.

¹⁵⁸³ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Op. Cit., p. 286. Itálico do original.

¹⁵⁸⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis. Op. Cit., p. 238. Itálicos do original.

incômodo judicial. Se da ação proposta não resultasse qualquer providência de natureza prática, por que o autor se aborreceria com um litígio nos tribunais?

Ocorre que o exercício anômalo da função legislativa pelo Judiciário só se justificaria “*se, e apenas se, reforça, ao invés de enfraquecer, o Poder Legislativo*”¹⁵⁸⁵. Não é o que ocorre quando o Supremo suplanta o papel do legislador e define, *sponte sua*, o modo através do qual deve ser preenchido algum vazio normativo¹⁵⁸⁶. Quando se produz uma decisão supletiva de direito não legislado e, ainda por cima, atribui-se-lhe eficácia *erga omnes*, há inequívoca *substituição* de um poder pelo outro, comutação não prevista e repudiada pela Constituição¹⁵⁸⁷.

Em resumo, o Poder Judiciário só conseguirá ser o “legítimo contrapoder do legislador” caso se mantenha afeto exclusivamente à análise jurídica da compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição¹⁵⁸⁸. Aliás, não será exagero dizer que talvez o juiz seja o agente estatal mais “pessimamente equipado” e, portanto, o menos indicado para a função de criação normativa¹⁵⁸⁹. Não se poder imaginar um tribunal qualquer, mesmo o órgão de cúpula do Poder Judiciário, arvorando-se na condição de “contra-legislador” ou mesmo em “substituto do legislador”, fato que ocorreria se ele resolvesse invadir a “ampla liberdade de conformação política deste no quadro da constituição e usurpando o núcleo essencial da função legislativa”¹⁵⁹⁰. Nesse contexto, a decisão tomada pelo STF pode se transformar em “entrave para o debate democrático”, porque sua decisão funcionada como bloqueio do “processo político ordinário”¹⁵⁹¹.

Com efeito, à diferença do legislador democraticamente legitimado, ao qual se permite a valoração de elementos *extrajurídicos* – conveniência social, inclinação política, disponibilidades orçamentárias, aceitabilidade da conduta, etc.¹⁵⁹² – o julgador está de certa maneira *jungido* às normas produzidas por aquele¹⁵⁹³. O “conteúdo” da *norma*

¹⁵⁸⁵ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Op. Cit., p. 286. Itálico do original.

¹⁵⁸⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 515 e ss.

¹⁵⁸⁷ MAZZEI, Rodrigo Reis. Op. Cit., p. 238.

¹⁵⁸⁸ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 261.

¹⁵⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 86.

¹⁵⁹⁰ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 261.

¹⁵⁹¹ VICTOR, Sérgio Antônio Vieira. Op. Cit., p. 152.

¹⁵⁹² (CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 86). Com efeito, os juízes não dispõem da “possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigações requeridas para uma obra criativa, que não podem se limitar às leis e aos precedentes, e envolvem problemas complexos e dados sociais econômicos e políticos; não dispõem sequer dos recursos, inclusive financeiros, mediante os quais os parlamentos, comissões legislativas e ministérios estão em condições de encarregar terceiros para efetuar pesquisas que, freqüentemente, nem os legisladores e administradores saberiam desenvolver por si mesmos” (CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 87).

¹⁵⁹³ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 261.

concreta expressa na sentença encontra-se adstrito pelo conteúdo das *normas jurídicas gerais* produzidas pelo Legislativo¹⁵⁹⁴.

A rigor, “a natureza e o alcance das determinações constitucionalmente impostas” ao legislador e ao juiz são completamente distintas. Enquanto o legislador atua com ampla margem de liberdade na sua função de produção normativa, campo em que não está “materialmente pré-determinado pela Constituição”, a atuação do juiz constitucional está “inteira e exclusivamente determinada pela Constituição”, não havendo, pois, “lugar para decisão criativa”¹⁵⁹⁵. Ele não pode, *sponte sua*, valer-se de seu poder jurisdicional para produzir normas *ex nihilo*. Em outras palavras, a atividade “criativa” do juiz é extremamente limitada pelas opções já efetuadas pelo legislador, pois a ele compete “criar apenas uma norma individual”, e por legislar entende-se somente a “criação *ex novo* de direito material”¹⁵⁹⁶. Por isso mesmo, diz-se que a função da jurisprudência não é “produzir” uma norma, mas “reproduzir o direito”¹⁵⁹⁷.

III.4.12.3 “Norma legal” x “norma judiciária”

Verifica-se, pois, que a distinção entre a “norma legal” e a “norma judiciária” assenta-se não exclusivamente em um *critério dogmático*, isto é, baseado unicamente no texto constitucional, mas antes em um *critério material*: os fatos levados ao escrutínio do julgador lhe são absolutamente alheios, resultando daí que, por não ter participado de “qualquer modo na respectiva criação”, ele “está – ou deve estar – longe, pois, da sua pretensão a concretização de uma intencionalidade específica conformadora e logicamente pré-normativa”, a que se reconduzem as normas produzidas pelo Poder Legislativo¹⁵⁹⁸.

Por essa razão, “diante de questões complexas do ponto de vista moral, científico e religioso”, o Supremo Tribunal Federal deve adotar uma abordagem minimalista, desviando-se do risco de “teorizar acerca de questões sobre as quais os juízes não possuem formação profissional adequada”. Do contrário, há a séria possibilidade de

¹⁵⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, cit., p. 263.

¹⁵⁹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 156.

¹⁵⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, cit., p. 271.

¹⁵⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**, cit., p. 212. Itálicos do original.

¹⁵⁹⁸ FONSECA, Rui Guerra da. Op. Cit., p. 594.

que, defrontado com “questões sobre desacordos morais razoáveis”, o STF termina por “aumentar a amplitude da fundamentação de suas decisões, em vez de diminuí-la”¹⁵⁹⁹.

Nessa linha, talvez o mais correto seja concluir ser “impossível que o texto constitucional pré-determine a solução de todas as questões constitucionais que possam surgir”. Ademais, “mesmo que tal fosse possível, isso causaria uma asfixia inaceitável do legislador democrático”¹⁶⁰⁰.

Fora isso, o uso indiscriminado do Judiciário para superar eventuais impasses legislativos ignora o fato de que, no mais das vezes, tais impasses apresentam-se como próprios da atividade legislativa. É dizer: em muitos casos, a não superação de um estado de omissão inconstitucional não decorre de pura e simples inação do legislador, mas, sim, do fato de não ter se chegado ainda a uma solução consensual, do ponto de vista político, que permita ao Legislativo aprovar uma norma destinada a superar essa omissão legislativa. Nem sempre há maturidade e consenso suficientes para regulamentar determinada matéria. Atravessar o processo político com uma decisão judicial conformadora de opção política, sob esse ângulo, revela-se como providência altamente “temerária”¹⁶⁰¹.

De fato, é da natureza do “jogo democrático” permitir que “os atores políticos estejam em diálogo constante com grupos de opinião e de pressão”, de cuja atuação muitas vezes pode redundar o travamento da “atuação legislativa”. Por isso mesmo, não raro decisões relevantes “acabam por não serem tomadas porque para o grupo que virtualmente será derrotado a inércia passiva corresponde a quadro mais aceitável do que o risco de revés”¹⁶⁰².

III.4.12.4 O risco de atropelo do processo democrático

Para além disso, o problema de tornar inteiramente abstratos os efeitos da sentença injuncional traz consigo a crítica relacionada à “amplitude da decisão e de seus possíveis efeitos no sistema jurídico-político como um todo”. Quando se extrapolam os efeitos de uma decisão concreta para horizontes não anteriormente delimitados pelo

¹⁵⁹⁹ VICTOR, Sérgio Antônio Vieira. Op. Cit., p. 152. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁶⁰⁰ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 119. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento da referida doutrinadora.

¹⁶⁰¹ STURZENEGGER, Ricardo Luiz Blundi. Op. Cit., p. 54.

¹⁶⁰² KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Op. Cit., p. 319. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

intérprete, há de se ter em vista que isso implica mudanças na “teorização de sua decisão”. Disso decorre, por exemplo, dificuldades não inteiramente imaginadas pelo julgador, ao implicar “atores não envolvidos diretamente envolvidos no caso”, o que prejudica a decisão tomada, na medida em que a torna “menos apta a atrair consensos”¹⁶⁰³.

Nesse sentido, a supressão do vácuo normativo pelo Judiciário atropela o processo democrático legítimo, sem dar margem a questionamentos por parte dos órgãos democraticamente legitimados¹⁶⁰⁴. Com isso, corre-se o sério risco de deixar de ser o STF o responsável por contrabalançar eventuais abusos das maiorias parlamentares ocasionais para, ao fim e ao cabo, tomar-lhes o lugar¹⁶⁰⁵. Talvez em razão disso, quando o Supremo deparou-se pela primeira vez com a problemática dos efeitos da decisão no mandado de injunção, assentou-se que “a omissão só poderá ser suprida se, sem atuação do legislador, for possível dar-se eficácia à norma constitucional”. Do contrário, quando se “demanda regulamentação legislativa”, a omissão será “insuprível”, não só por causa do “princípio da separação dos poderes, mas também para não retirar do legislador a liberdade da decisão política da solução regulamentadora que lhe parecer melhor”¹⁶⁰⁶.

Um bom exemplo da problemática do que se está a tratar pode ser encontrado no caso da liberdade de expressão. Ninguém contesta o direito à liberdade de expressão. Mas, quando se fala em controle social da mídia, os desacordos são profundos¹⁶⁰⁷. Quem poderá determinar qual o melhor modelo a ser adotado pelo país, senão o legislador democraticamente legitimado?

Como se isso não bastasse, não há qualquer razão para acreditar ingenuamente que o preenchimento do vácuo normativo pelo Supremo Tribunal Federal possa d’algum modo *impulsionar* a atividade legiferante do Congresso Nacional. Como provou o caso do direito de greve dos servidores públicos, é ilusória a impressão de que eventuais decisões do Poder Judiciário podem ser eventualmente suplantadas por normas aprovadas posteriormente pelo Legislativo. Nem sempre Congresso ou Presidente da República mostram-se propensos a enfrentar o desgaste público do debate sobre essas propostas¹⁶⁰⁸.

¹⁶⁰³ VICTOR, Sérgio Antônio Vieira. Op. Cit., p. 151. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁶⁰⁴ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Op. Cit., p. 290.

¹⁶⁰⁵ AMARAL JUNIOR, José Levi do. Op. Cit., p. 160.

¹⁶⁰⁶ Cf. voto do Ministro Moreira Alves no MI nº. 107/DF.

¹⁶⁰⁷ VICTOR, Sérgio Antônio Vieira. Op. Cit., p. 153.

¹⁶⁰⁸ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Op. Cit., p. 291.

III.4.12.5 O problema da “politização” da Justiça

Na verdade, o verdadeiro risco por trás da atribuição de competências legiferantes à justiça constitucional em geral – e ao STF em particular – reside na possibilidade nada desprezível de sua “**politização**, no sentido rasteiro do termo”. Quem, em sã consciência, poderá afirmar que uma justiça dotada de tal poder poderá manter-se à margem da influência de visões ideológicas conflitantes? Ou – o que seria ainda mais tenebroso – afastar-se do risco de propugnar uma mesma doutrina dominante, à semelhança dos programas dos partidos políticos? Nesse caso, não haveria somente politização, mas, sim, *partidarização* da Justiça. Por conseguinte, “uma Justiça Constitucional partidarizada logo partidarizaria também o corpo judiciário”, trazendo consequências imprevisíveis para a regular organização do Estado. E é indiscutível que uma “justiça partidarizada não serve à Justiça”¹⁶⁰⁹.

Com efeito, quando o Supremo assume as funções que a Constituição atribui exclusivamente ao Congresso, o Judiciário como um todo “deixa de ser considerado neutro”¹⁶¹⁰. Com isso, a Corte passa a desempenhar também um “papel político”, de que é consequência “a superexposição dos juízes nos meios de comunicação”¹⁶¹¹. Isso porque, ao aceitar-se que o Supremo possa “actuar como legislador supletivo”, ao mesmo tempo deve-se aceitar que seus ministros possam operar “juízos livres de conformação política”¹⁶¹². Quando isso acontece, o Tribunal perde de forma irremediável “a imparcialidade inerente ao exercício desta função”¹⁶¹³.

A rigor, não há como conceber um esquema constitucional uniforme e equitativo no qual um mesmo poder detenha simultaneamente as funções de produzir normas com eficácia geral e fiscalizar a compatibilidade dessas mesmas normas com a Constituição. Como já alertou a doutrina, caso se atribuísse ao poder Legislativo ambas as

¹⁶⁰⁹ (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O paradoxo da justiça constitucional**, cit., p. 22. Negrito do original. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador). Reis Novais, contudo, explica que o fenômeno da politização das Supremas Cortes é algo quase natural, tendo em vista o “processo de nomeação” de seus componentes, o fato de que as decisões da justiça constitucionais também “são *políticas* na medida em que se fundam num padrão normativo de forte carga política” e também “são *políticas* por repercutirem politicamente, designadamente quando contrariam os desígnios e os planos políticos das maiorias no poder” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 177. Itálicos do original).

¹⁶¹⁰ ADEODATO, João Maurício. Op. Cit., p. 32.

¹⁶¹¹ ADEODATO, João Maurício. Op. Cit., p. 32.

¹⁶¹² MORAIS, Carlos Blanco de. **Direitos sociais e controlo da inconstitucionalidade por omissão**, cit., p. 605.

¹⁶¹³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Direitos sociais e controlo da inconstitucionalidade por omissão**, cit., p. 605.

funções, ficaria nulificada e desprovida de eficácia os mecanismos de controle normativo, pois é evidente que o “Poder Legislativo apenas aprovará as leis que reputa constitucionais”. Aliás, seria um “manifesto contra-senso” que o ente legiferante aprovasse uma lei para, logo em seguida, “declará-la inconstitucional”. Disso resultaria um sistema no qual “toda lei produzida por um Legislativo que acumulasse a função de órgão controlador seria, em última instância, constitucional, mesmo que contrária à Constituição”¹⁶¹⁴.

Se esse raciocínio é válido para o Poder Legislativo, não há razão para acreditar que não seja igualmente válido na mão contrária, isto é, quando o Poder Judiciário assume as funções simultâneas de órgão legiferante e fiscalizador da constitucionalidade das leis. É dizer: caso se atribua ao Supremo o poder de elaborar leis com eficácia *erga omnes*, quem efetuará o controle de constitucionalidade dessas leis? É razoável imaginar que o próprio Supremo venha a declarar incompatível com o texto constitucional uma norma por ele mesmo aprovada? É possível imaginar, dentro da nossa dogmática constitucional, um Poder absolutamente livre de controle? A resposta é desenganadamente negativa.

Não se deve perder de vista que o Judiciário, nele incluído o STF, conforma um Poder do Estado do qual derivam decisões judiciais que “*devem ser geradas por princípios, e não por políticas*”. Recorrer a “*argumentos econômicos, políticos, sociais ou morais*”, por mais relevantes que sejam, não pode servir de justificativa para solapar a isenção que se espera de um órgão judicial. Nesse sentido, “a compreensão do que seja *econômica, política ou socialmente relevante* somente terá validade quando puder ser traduzida em *relevantes argumentos jurídicos*”¹⁶¹⁵.

III.4.13 O problema da legitimação judicial

III.4.13.1 O ativismo judicial no Brasil

¹⁶¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 552. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁶¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1409. Itálicos do original. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento dos referidos doutrinadores.

No Brasil, não há muitas dúvidas de que vigora um ativismo judicial de cunho “patológico, heterodoxo ou *hard*”¹⁶¹⁶. São inúmeros os casos em que o STF adapta ou emenda uma norma no lugar de declará-la simplesmente inconstitucional¹⁶¹⁷. Não fosse isso o bastante, da metade da última década para cá, são ainda mais numerosas as hipóteses em que o Supremo cria ou edita normas de caráter geral, atuando no espaço vazio deixado pelo Congresso. Como sói acontecer nesses casos, a substituição ao legislador na sua função de produtor primário das normas jurídicas tem lugar sob o indefectível recurso à “concretização de princípios gerais” incrustados na Constituição¹⁶¹⁸. E aí a conclusão é inescapável: “nunca nenhum ordenamento ocidental roçou, como no Brasil, as fronteiras paradigmáticas do chamado ‘Estado Judicial’, antevisto por Carl Schmitt”¹⁶¹⁹.

Ocorre que, tanto no caso da súmula vinculante quanto na hipótese do mandado de injunção com eficácia *erga omnes*, a assunção de poderes legiferantes pelo Supremo Tribunal Federal esbarra na questão da *legitimação do poder judicial*. Nunca é demais ressaltar que o tema do controle de constitucionalidade “encerra, quer um problema de separação de poderes (poder judicial v. poder legislativo/político – ou tribunais v. parlamento), quer um problema de legitimidade (autocracia judicial v. democracia)”¹⁶²⁰.

Para parte da doutrina, “a adstrição do legislador à Constituição consubstancia um elemento que legitima o poder do juiz constitucional de participar da formação da lei”. Sob essa óptica, a atuação do julgador na conformação normativa estabelece uma “nova linguagem da democracia, um novo regime institucional e político de produção da vontade geral”. Por isso mesmo, não seria estranho concluir que “o legislador, em síntese, divide o poder legislativo com o juiz”. Essa alternativa, contudo, não parece inteiramente correta¹⁶²¹.

III.4.13.2 A legitimidade constitucional dos juízes

¹⁶¹⁶ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 106.

¹⁶¹⁷ Foi o que aconteceu, por exemplo, no caso do julgamento que instituiu novas regras de fidelidade partidária nos partidos políticos. Para uma crítica mais aprofundada desse caso, cf. URBANO, Maria Benedita. **Interpretação conforme com a constituição e ativismo judicial**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano 7, p. 411-418. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 413-416.

¹⁶¹⁸ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 106.

¹⁶¹⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político**, cit., p. 414.

¹⁶²⁰ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 95. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento da referida doutrinadora.

¹⁶²¹ PAIVA, Paulo. Op. Cit., p. 436-437. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

Não se ignora que o controle de constitucionalidade não pode ser circunscrito a um “mero processo”. De fato, o debate sobre as soluções do nosso sistema de fiscalização constitucional não avançará se não for encarado também como “parte do jogo democrático”, circunstância que o afasta sobremaneira de “mero procedimento judicial”¹⁶²². Mas daí a extrair competência legiferante ao Supremo Tribunal Federal sempre que faltar o Poder Legislativo vai uma grande distância.

Com efeito, ao contrário dos legisladores, os juízes no Brasil não são legitimados *a priori* pelo voto popular¹⁶²³. Esse, aliás, é o principal fundamento invocado por aqueles que questionam a admissibilidade do Judiciário fiscalizar a constitucionalidade de normas produzidas pelo Poder Legislativo e sancionadas e aplicadas pelo Poder Executivo, ambos devidamente legitimados pela vontade do povo¹⁶²⁴. A legitimidade do Poder Judiciário, por sua vez, advém diretamente do texto constitucional e, principalmente, da *fundamentação de suas decisões*¹⁶²⁵. Trata-se, portanto, de uma legitimação *a posteriori*. Por essa razão, afirma-se que o moderno Estado de Direito é aquele no qual vigora um “Estado de legislação parlamentar”, apoiado por um poder Executivo imbuído da tarefa de “executor da constituição (*verfassungsvollziehender Jurisdictionsstaat*)”, e no qual o Legislativo é “limitado por um poder judicial que não dispõe da mesma legitimidade democrática que o primeiro”¹⁶²⁶.

Sob esse ângulo, resta claro que falece à Justiça Constitucional a legitimidade democrática que o voto das urnas confere aos poderes democraticamente legitimados – Executivo e Legislativo. O Supremo não pode encarnar o papel de “guarda-chaves”, sempre pronto a indicar o caminho a seguir diante de uma encruzilhada¹⁶²⁷. Embora disponham de certa legitimidade indireta – afinal, são indicados pelos poderes democraticamente legitimados –, não se aplicam aos ministros do Supremo os conceitos de *responsiveness* e *accountability*, naquilo que podem ser traduzidos como preceitos de

¹⁶²² SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de direito administrativo**. n. 250. 2009, 197-227, p. 221.

¹⁶²³ Nesse sentido, cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25. Para o problema da legitimação democrática dos juízes, cf. CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 92 e ss. Nos Estados Unidos, ao revés, o mais comum nos Estados é que os juízes sejam eleitos pelo voto popular (FARNSWORTH, E. Allan. Op. Cit., p. 34).

¹⁶²⁴ CUNHA JR., Dirley. Op. Cit., p. 41.

¹⁶²⁵ MENDES, Conrado Hübner. Op. Cit., p. 25.

¹⁶²⁶ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 262.

¹⁶²⁷ FAVOREU, Louis. **Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations**. Revue du Droit Public, n. 98, 1982, p. 419.

responsabilização de suas condutas perante o povo, de prestar contas perante a sociedade¹⁶²⁸.

III.4.13.3 A necessidade de autocontenção judicial

Há, claro, quem conteste essa afirmação. Para boa parte da doutrina, “não há qualquer mácula à legitimidade democrática, posto que a investidura dos juízes, enquanto entes responsáveis pelos julgamentos, é extraída da constituição”¹⁶²⁹. Em termos estritamente jurídicos, “a legitimidade do Tribunal Constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição”¹⁶³⁰. Ademais, o poder judicial não pode ser reduzido a uma “aplicação mecânica lógico-silogística do texto legal”, cuja obediência deve ser incondicional¹⁶³¹. Se assim fosse, o Poder Judicial apresentar-se-ia despidido de qualquer forma de autonomia, uma vez que não deteria qualquer “poder criador de Direito”¹⁶³².

Todavia, quando se constata que o legislador extrai das urnas uma modalidade de legitimação direta, completamente diferente daquela que socorre aos juízes, parece incontornável concluir que as leis por ele aprovadas gozam de presunção de legitimidade e, portanto, de compatibilidade com a Constituição¹⁶³³. Eis porque o princípio da separação dos poderes aponta na direção da autocontenção judicial em matéria de “juízos de natureza política contido nas leis cuja constitucionalidade se trata de apreciar, uma vez assente o primado político do legislador”¹⁶³⁴. Mas, quando se encarrega o Supremo Tribunal Federal de vigiar diuturnamente o Poder Legislativo, esse papel de vigilância acaba por atrair o fiscalizador para a indesejável função de fiscalizar não somente a norma aprovada, mas também “o processo pelo qual ela exsurge”¹⁶³⁵. Daí para suplantarmos a função legiferante é apenas um passo.

III.4.13.4 O Supremo como suplente do legislador

¹⁶²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O paradoxo da justiça constitucional**, cit., p. 21.

¹⁶²⁹ BERTÃO, Rafael Calheiros. Op. Cit., p. 375.

¹⁶³⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, cit., 773.

¹⁶³¹ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 96.

¹⁶³² PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 97.

¹⁶³³ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 667.

¹⁶³⁴ PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 261.

¹⁶³⁵ BEČAK, Rubens. Op. Cit., p. 333.

Verdade seja dita: em diversos casos, o Supremo atua ante a inércia deliberada dos dois poderes democraticamente legitimados (Executivo e Legislativo). Diante da incapacidade dos representantes do povo em “regular ou regular em tempo útil certas questões importantes para a comunidade”, o STF acaba sendo conduzido pela pressão social a um papel proativo, abandonando, assim, seu estado natural passivo¹⁶³⁶. Mesmo assim, é duvidoso que o Supremo possa desempenhar o papel de suplente nessas circunstâncias.

De fato, as omissões normativas constituem algo naturalmente indesejado pelo sistema. Entretanto, é preciso diferenciar quando a omissão tem lugar por inércia deliberada (e, portanto, inconstitucional), e quando, ao contrário, a lacuna deriva de uma opção legítima do legislador. Afinal, há casos em que os entes democraticamente legitimados voluntariamente expressam o desejo de não regulamentar determinado espaço de conduta humana¹⁶³⁷. Nessas horas, convém recordar que “o âmbito de atividade de um homem”, considerado sob a óptica de regulação jurídica, divide-se em “dois compartimentos”: um, no qual ele é regido por “normas jurídicas”; e outro, “no qual ele é livre”. Disso resulta que tanto o homem pode estar jungido a um “vínculo jurídico” como pode estar em “absoluta liberdade”, pois “*tertium non datur*”¹⁶³⁸.

A rigor, a súmula vinculante e o mandado de injunção com eficácia *erga omnes* rompem com esse esquema de tripartição desenhado pelo constituinte de 1988. Veja-se, por exemplo, que na Itália as decisões dotadas de efeitos *erga omnes* são restritas aos casos de acolhimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade¹⁶³⁹. Embora na Alemanha esse efeito seja extensível mesmo a casos de decisões negativas de declaração de inconstitucionalidade, não se admite a atuação do *Bundesverfassungsgericht* como suplente do legislador positivo¹⁶⁴⁰. No caso brasileiro, quando se permite ao STF definir, em nível puramente abstrato, verbetes que serão interpretados *a posteriori* (súmula vinculante) ou mesmo integração direta de vazios legislativos (mandados de injunção *erga omnes*), não se pode afirmar que o Tribunal estaria simplesmente a atuar como órgão judiciário em face de um dado conflito de interesses. Tais hipóteses estão longe de encerrar uma decisão de caso concreto com efeitos *inter partes* –ou mesmo de procedimentos objetivos de fiscalização abstrata de constitucionalidade, cuja eficácia é *erga omnes* – mas,

¹⁶³⁶ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 117.

¹⁶³⁷ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Inconstitucionalidade por omissão – Uma proposta para a constituinte**. Revista de Informação Legislativa, v. 23, n. 89, p. 49-62, jan./mar. 1986, p. 51.

¹⁶³⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4ª ed. Brasília: EUB, 1994, p. 129.

¹⁶³⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 220-222.

¹⁶⁴⁰ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 33.

sim, de estabelecer verdadeira *norma*, de conteúdo geral, com aplicação indistinta a todo e qualquer caso no qual o preceito se aplique¹⁶⁴¹.

III.4.13.5 O maniqueísmo constitucional

É certo que, por trás desse processo de assunção cada vez maior de papel legislativo por parte do Poder Legislativo, encontra-se, latente, uma tentação por vezes renegada de encarar o Poder Judiciário como um “mocinho”, enquanto o Poder Legislativo seria encarado como um “bandido”¹⁶⁴². Essa visão maniqueísta em nada contribui para resolver os graves contratempos jurídicos e – por que não dizer? – políticos da nossa jurisdição constitucional. Ao contrário. Quanto mais o legislador confia no Supremo como seu substituto natural, maior tende a ser desconfiança do Supremo em relação ao próprio legislador, no exercício de sua competência funcional¹⁶⁴³. Na verdade, essas “concessões” acabam por convidar o STF a cada vez mais imiscuir-se na seara legislativa, exercendo competência constitucional que não lhe foi afeta¹⁶⁴⁴.

Nesse cenário, quando se permite ao Supremo efetuar, a partir de juízos estritamente políticos, a conformação de direitos não regulados pelo legislador, abre-se a porta para que os ministros do Tribunal comecem a proferir discursos de justificação, sem, contudo, gozarem da “legitimidade que se espera para essa forma de discurso”¹⁶⁴⁵. O que, aliás, seria de todo inútil, pois, ainda que buscasse “legitimar esse discurso por meio de uma pretensa racionalidade técnico-metodológica, o sentido político de sua decisão apenas é reforçado, porque método algum traz ele próprio legitimidade ao discurso”¹⁶⁴⁶. Talvez por isso mesmo, é necessário respeitar determinadas premissas institucionais, pois, “independentemente de qualquer propósito”, são elas que possuem “o condão de conferir mais sustentabilidade e consistência à decisão judicial, diminuindo, com isso, o espaço subjetivo de tensão meramente ideológica”¹⁶⁴⁷.

III.4.13.6 Função legislativa x função judicial

¹⁶⁴¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Op. Cit., p. 526.

¹⁶⁴² KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Op. Cit., p. 304.

¹⁶⁴³ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 25.

¹⁶⁴⁴ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 25.

¹⁶⁴⁵ BENVINDO, Juliano Zaiden. Op. Cit., p. 277.

¹⁶⁴⁶ BENVINDO, Juliano Zaiden. Op. Cit., p. 277.

¹⁶⁴⁷ STURZENEGGER, Ricardo Luiz Blundi. Op. Cit., p. 54.

Para além dessas contrariedades, duas circunstâncias distinguem de forma decisiva a atividade jurisdicional da atividade legislativa. Primeiramente, a “produção normativa” da atividade judiciária sempre é uma atividade “passiva”, isto é, o juiz não atua *ex officio*; antes depende da provocação de um interessado¹⁶⁴⁸. Fora isso, “os limites processuais” da atuação judicial, é dizer, o fato de que o juiz exerce “apenas em concreto o poder jurisdicional” traça a linha divisória entre a “norma judiciária” – representada na sentença – e a “norma legal” – expressão da lei aprovada pelo Parlamento¹⁶⁴⁹. Assim, “a legislação tem um fundamento constitucional próprio”, o que desautoriza em absoluto negar-lhe “seu caráter originário e espontâneo”, despolitizando-a e “degradando-a a mera função técnica para a atuação dos conteúdos constitucionais, por mais nobres e sedutores que estes possam ser”¹⁶⁵⁰.

De fato, admitir que o STF detenha poderes para atuar de forma supletiva ao legislador, substituindo-se à vontade popular, colocaria em xeque a separação de poderes desenhada pelo constituinte de 1988. O texto constitucional “não é um projeto de governação”, nem tampouco o Supremo deve atuar como “contrapoder, como uma terceira câmara legislativa ou como uma força de oposição”¹⁶⁵¹. Como adverte o Prof. Blanco de Moraes, uma Corte Constitucional detentora de tais poderes “perderia a imparcialidade inerente ao exercício” da função jurisdicional e passaria – como assinalara o próprio Montesquieu – a ser, a um só tempo, criador e aplicador da norma, estabelecendo uma concentração de poderes de difícil reversão, com consequências imprevisíveis para a manutenção da ordem constitucional¹⁶⁵². Estabelecer-se-ia um verdadeiro “Governo de Juízes”, desprovido de legitimidade popular e incompatível “com a essência do Estado de Direito Democrático”¹⁶⁵³. Não se pode cometer o grave equívoco de “idealizar o magistrado, ou seja lá quem for o intérprete” da Constituição¹⁶⁵⁴. Ao estabelecer-se uma completa e anômala hegemonia judicial no Brasil, corre-se o risco nem um pouco desprezível de que essa supremacia descambe numa variedade de populismo

¹⁶⁴⁸ É aquilo a que Mauro Cappelletti se refere como “virtudes passivas” da jurisdição (CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit. cit., p. 76).

¹⁶⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 76 e ss.

¹⁶⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit., p. 151.

¹⁶⁵¹ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 120.

¹⁶⁵² MORAIS, Carlos Blanco de. **Direitos sociais e controlo da inconstitucionalidade por omissão**, cit., p. 605.

¹⁶⁵³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Direitos sociais e controlo da inconstitucionalidade por omissão**, cit., p. 605.

¹⁶⁵⁴ VICTOR, Sérgio Antônio Vieira. Op. Cit., p. 150.

constitucional¹⁶⁵⁵, algo que ocorreu, por exemplo, no caso do reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶⁵⁶.

III.4.13.7 O STF como “campeão dos direitos fundamentais”

Ao recusar o papel aparentemente menor de mero aplicador da lei, o STF e seus ministros, invocando a mesma Constituição que ostensivamente desrespeitam, transformam-se “mais do que em guardiões da constituição”, mas antes em “fiéis depositários e superdefensores ou campeões dos direitos fundamentais”¹⁶⁵⁷. Em razão disso, pode-se concluir que, no caso brasileiro, “a adesão unânime à justificativa idealista do controle de constitucionalidade conduziu-o ao paroxismo”, insinuando “um sistema no qual o circuito decisório termina na instituição desprovida do lastro representativo, dotada da capacidade de vetar, não de estatuir”¹⁶⁵⁸.

Em verdade, não há razão para acreditar de maneira ingênua que “a prática da jurisdição constitucional concentrada trará a solução para os seus próprios desvios”¹⁶⁵⁹. A história recente está a demonstrar o exato oposto: o exercício desmedido dos poderes atribuídos pelo constituinte de 1988 – e, em certos casos, sem amparo no texto constitucional – somente tem alimentado no STF a ânsia cada vez maior pela ampliação desses mesmos poderes. Não é atuando de maneira estranha ao esquema constitucional que o Supremo Tribunal Federal vai cumprir “o decisivo papel de garantir a participação das minorias políticas no jogo democrático e assegurar o natural fluxo e a lisura do processo democrático”¹⁶⁶⁰. Ambas as funções – desde sempre reconhecidas à jurisdição constitucional – prescindem em absoluto de um judiciário onipotente e onisciente, apto a solver juridicamente conflitos de natureza estritamente política¹⁶⁶¹.

¹⁶⁵⁵ VICTOR, Sérgio Antônio Vieira. Op. Cit., p. 155.

¹⁶⁵⁶ Como bem aponta Clemerson Merlin Clève, “com os recentes julgamentos envolvendo temas controvertidos, como os casos sobre união estável de pessoas do mesmo sexo, a possibilidade de aborto de fetos anencefálicos, a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, a questão das cotas sociais e raciais em universidades públicas, entre outros, não se pode negar que a Suprema Corte brasileira passou a deliberar sobre questões sensíveis que ensejam considerável apelo popular e midiático” (CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito constitucional**, cit., p. 111). Para a crítica à decisão do STF no caso da união homoafetiva e sua construção teórica, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 89-91. Na mesma linha, cf. PEREIRA, Marcelo Caon. Op. Cit., p. 317.

¹⁶⁵⁷ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 98

¹⁶⁵⁸ MENDES, Conrado Hubner. Op. Cit., p. 28.

¹⁶⁵⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**, cit., p. 441.

¹⁶⁶⁰ Sem razão, nesse ponto, CUNHA JR., Dirley. Op. Cit., p. 55.

¹⁶⁶¹ CUNHA JR., Dirley. Op. Cit., p. 55.

III.4.13.8 STF legiferante x STF legislador negativo

Haverá, claro, quem entenda que a atuação legiferante do STF é menos radical, do ponto de vista da separação de poderes, do que a tese do legislador negativo. Segundo essa corrente, “reforçar” o caráter impositivo da norma constitucional através de sua reafirmação por súmula vinculante traria consequências menos graves do que a extirpação da norma do ordenamento por incompatibilidade com a Constituição. De acordo com essa corrente, as ações de controle abstrato e a vinculatividade e eficácia *erga omnes* de suas decisões constituiriam argumento a afastar a limitação à função jurisdicional expressa no texto constitucional¹⁶⁶².

Trata-se, no entanto, de manifesta falácia. No caso da invalidação de normas, a atividade jurisdicional de fiscalização da constitucionalidade não implica qualquer juízo de natureza política sobre a conveniência da adoção de uma ou outra opção legislativa, algo inerente à criação de normas por parte do legislador¹⁶⁶³. Trata-se apenas de resguardar a obra do constituinte de alterações incompatíveis com suas disposições. Mas em momento algum a jurisdição constitucional atua no pantanoso espaço de decisão política, próprio dos órgãos representativos da vontade popular¹⁶⁶⁴. Ademais, no julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, está o Supremo a exercer típica função jurisdicional e não função legislativa¹⁶⁶⁵. A propósito, sempre convém recordar que a própria construção kelseniana de um Tribunal Constitucional destinava-se a escapar da “crítica *schmittiana* à jurisdição constitucional, vista como disfarce espúrio de actuação política” do Judiciário¹⁶⁶⁶.

Na realidade, esse dilema já foi de há muito superado desde quando se afirmou que a Constituição era norma suprema mesmo frente ao Poder Legislativo, pois

¹⁶⁶² CUNHA JR., Dirley. Op. Cit., p. 236. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁶⁶³ Nesse sentido, cf. CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 73.

¹⁶⁶⁴ Ainda que se reconheça que “a norma jurídica é norma interpretada” e, portanto, “a actividade jurisdicional seria sempre normativa, na sua dimensão hermenêutica”, o fato é que os tribunais em geral limitam-se a aplicar “a lei ao caso concreto”, não havendo lugar para classificar as decisões como “actos normativos” (MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional**, t. 1, cit., p. 110).

¹⁶⁶⁵ Como ensina Jorge Miranda, mesmo nos casos de fiscalização abstrata de constitucionalidade “a força obrigatória geral não colide com a natureza jurisdicional da decisão” (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, t. 6, cit., p. 68).

¹⁶⁶⁶ (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 158. Grifo do original). A crítica teve lugar porque, segundo Kelsen, “anular uma lei é estabelecer uma norma geral”, considerando que “a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração”. Sob esse prisma, a atividade do Tribunal Constitucional constituiria, em resumo, na elaboração de uma norma “com sinal negativo”, encerrando, em certa medida, “ela própria uma função legislativa” (KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 151-152).

ele próprio é fruto e resultado das normas constitucionais que lhe conferem existência e competência¹⁶⁶⁷. A rejeição do constituinte ao modelo de inspiração austríaca sustenta à toda prova a possibilidade de atuação do STF como legislador, mesmo que negativo¹⁶⁶⁸.

III.4.13.9 A necessidade de respeito à via democrática

No fundo, constitui ilusão pensar que os impasses políticos podem ser superados pela via judicial através de simples alterações de mecanismos ou de interpretações da norma¹⁶⁶⁹. A experiência histórica sugere que a evolução de um país depende diretamente da capacidade de sua classe política, legitimada pelo voto popular, construir consensos na direção da aprovação de leis que permitam o desenvolvimento de seu povo. Em todos os casos, e em todas as épocas, ceder à tentação de encarar o Poder Judiciário como *caminho* para superar os embaraços da via democrática conduz inevitavelmente a um “estado totalitário”¹⁶⁷⁰.

Não se ignora, todavia, que a atividade judicante não se reduz à mera reprodução mecânica e neutra da dicção legal. Nesse aspecto, a jurisprudência não se resume a uma atividade puramente declaratória, mas também, em certa medida, criativa. O traço distintivo da atuação jurisdicional resulta do “distanciamento entre sujeito e objeto”, ou seja, “o reconhecimento da pré-compreensão” que envolve a “virada linguística entre texto e norma”. O julgador não é mais somente a *bouche de la loi*, mas o encarregado de “construir o verbo com esteio no texto legal”¹⁶⁷¹.

Ao fim e ao cabo, o que se tem assistido no Brasil, com incômoda frequência, é a transformação da interpretação jurídica elaborada pelos tribunais – em especial pelo STF – em veículo de solapamento da autonomia do legislador. Com efeito, a operação hermenêutica não poderá “de modo algum significar desatender ou ignorar o legislador”. Afinal, o Poder Legislativo não deve ser encarado como “barriga de aluguer

¹⁶⁶⁷ CUNHA JR., Dirley. Op. Cit., p. 43.

¹⁶⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 88.

¹⁶⁶⁹ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Op. Cit., p. 302.

¹⁶⁷⁰ DEVLIN, Patrick Arthur (Lord). **Judges and lawmakers**. The Modern Law Review. v. 39, no. 1, p.1-16, jan. 1976, p. 16.

¹⁶⁷¹ Na verdade, o adágio do juiz *bouche de la loi* mostra-se inteiramente incompatível com a existência mesma de uma justiça constitucional. Ora, se se reconhece aos tribunais o poder de desaplicar leis, por estarem em confronto com o texto constitucional, é porque se está a admitir, ao menos implicitamente, que não são os juízes meros “aplicadores automáticos da lei” (PIÇARRA, Nuno. Op. Cit., p. 206. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador).

normativa para um juiz constitucional” sedento de poder legiferante, que simplesmente “aguarda a criação das leis para depois as moldar à sua imagem e aos seus desígnios”¹⁶⁷².

Sob essa visão, o texto normativo atua como firme limite a impedir que o juiz se precipite no puro e simples voluntarismo. Exige-se do magistrado o “respeito à integridade e à coerência” do ordenamento, de maneira a preservar a “autonomia do direito, tão duramente conquistada a partir do segundo pós-guerra”. A conclusão, em suma, é que não se pode substituir um juízo de valor realizado de maneira inadequada pelos outros poderes “por uma aplicação (judicial) discricionária ou arbitrária da lei”. Do contrário, cairíamos verdadeiramente numa espécie de “ditadura judicial”¹⁶⁷³.

E nenhuma ditadura é pior do que a ditadura do Judiciário.

III.5 Crítica à abstratização do *habeas corpus*

Conforme se observou no capítulo anterior, a abertura interpretativa conferida pelos ministros do STF ao *habeas corpus* conferiu uma dimensão de cabimento a esse remédio constitucional inexistente em qualquer outro ponto de nossa história e virtualmente em todo o globo. Jamais, em tempo algum, houve doutrina a defender o livre acesso de cidadãos comuns aos órgãos jurisdicionais de cúpula para censurar ilegalidades ao seu direito de locomoção cometidas por agentes públicos. No mais das vezes, a questão resolvia-se em primeiro grau de jurisdição, ou, na pior das hipóteses, quando a afronta à liberdade partia do próprio juiz, ao tribunal ao qual este encontrava-se vinculado.

No Brasil, ao revés, produziu-se um curioso processo paulatino de acesso ao Supremo Tribunal Federal. Tal qual uma escada, “sobe-se” degrau a degrau o organograma institucional do Poder Judiciário: do juiz ao tribunal local; do tribunal local ao STJ; do STJ ao STF. E, assim, todo e qualquer cidadão consegue ascender à mais alta corte de justiça do país, ocasionando “imenso volume de inéditos *habeas corpus* nos Tribunais Superiores”, em especial no STF¹⁶⁷⁴.

Invariavelmente, invoca-se o “valor fundamental da liberdade” como salvo-conduto para que o Supremo ignore “qualquer regra processual cujos efeitos práticos e específicos venham a anular o pleno exercício de direitos fundamentais pelo indivíduo”.

¹⁶⁷² URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**, cit., p. 97. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento da referida doutrinadora.

¹⁶⁷³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 145.

¹⁶⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 179. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

No seu papel de “guardião das liberdades fundamentais asseguradas pela Constituição”, não cabe a conclusão de que as normas processuais de competência devem ser resguardadas, quando o que está em jogo são “ilegalidades perpetradas por decisões” que acabam por criar “estados de desvalor constitucional”¹⁶⁷⁵.

O embuste produzido por essa extravagante doutrina¹⁶⁷⁶, além de contribuir para o já nefasto atravancamento processual do Supremo, distorce de maneira clara a própria letra da Constituição. Segundo o legislador constituinte originário, apenas os detentores de foro especial por prerrogativa de função podem ter seus *habeas corpus* julgados pelos tribunais superiores. E, mesmo assim, dentro esse restrito universo, somente alguns dos beneficiados com o chamado “foro privilegiado” detêm a possibilidade de recorrer diretamente ao Supremo Tribunal Federal contra atentados ao seu direito de ir e vir¹⁶⁷⁷. Ao restante da população socorrem – ou deveriam socorrer – apenas os juízos de 1º grau e, quando muito, os tribunais locais, seja pela via recursal, seja por ilegalidade manifesta praticada por juiz de primeiro grau.

Curiosamente, a constatação desse problema coloca o STF numa posição algo esquizofrênica. Enquanto de um lado a Corte persegue mudanças legislativas que lhe permitam julgar menos processos, do outro amplia as hipóteses de cabimento dos casos que lhe são cometidos originariamente. Esse comportamento errático revela-se fator decisivo para o enorme aumento do seu volume de trabalho, deixando em segundo plano o julgamento das verdadeiras questões com as quais o Tribunal deveria ocupar-se: a fiscalização da constitucionalidade das leis editadas no país.

De acordo com o texto constitucional, ao STF somente compete conhecer de *habeas corpus* nas hipóteses em que o paciente seja: o Presidente da República, seu vice, os membros do Congresso Nacional, os Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, os ministros de tribunais superiores e do Tribunal de Contas da União, os comandantes das Forças Armadas e os chefes de missão diplomática¹⁶⁷⁸. Fora isso, compete também ao Supremo julgar os *habeas corpus* quando o agente coator seja “Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de

¹⁶⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1370. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador

¹⁶⁷⁶ Em favor dessa possibilidade, cf., por todos, cf. FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Op. Cit., p. 60.

¹⁶⁷⁷ Cf. art. 102, inc. I, alínea ‘d’, da Constituição Federal de 1988.

¹⁶⁷⁸ Cf. art. 102, inc. I, alíneas ‘b’, ‘c’ e ‘d’, da Constituição Federal de 1988.

crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância”¹⁶⁷⁹. Como se viu algures, foi desta última que derivou a doutrina que permite a “escalada” de *habeas corpus* até alcançar o Supremo.

A rigor, não subsiste o mais remoto fundamento jurídico para transformar-se o *habeas corpus* em sucedâneo recursal. Não há sequer fundamentos de “ordem prática” que justifiquem essa incursão do remédio constitucional das liberdades na processualística ordinária, visto que a plêiade de recursos existente garante a contento o reexame de praticamente qualquer questão em matéria penal. Quando muito, pode-se admitir o recurso ao *habeas corpus* quando inexistente via recursal própria, dotada de efeito suspensivo, para sindicat violações à liberdade do indivíduo. No mais, compete à parte interpor apelação contra a sentença condenatória de 1º grau, recurso ordinário constitucional contra decisões denegatórias de *habeas corpus* originários de tribunais, e recursos especial e extraordinário quando visíveis infrações à lei federal ou à Constituição pelas decisões tribunalícias¹⁶⁸⁰.

No entanto, como se sabe, o julgamento definitivo de um recurso – em especial o recurso extraordinário – tende a demorar muito nas instâncias superiores. Ao seu revés, o *habeas corpus* goza de prioridade de tramitação e é julgado em tempo razoavelmente curto, pois ele traz consigo a “marca inarredável da *celeridade*”¹⁶⁸¹. Daí a parte recorrer a ambos os instrumentos – recurso e ordem de *habeas corpus* – para impugnar um mesmo ato judicial¹⁶⁸².

A par da celeridade, o *habeas corpus* apresenta outra enorme vantagem comparativa com o recurso extraordinário na seara criminal. No caso do remédio constitucional de liberdade, descabe cogitar-se do atendimento ao requisito da repercussão geral¹⁶⁸³. Com o *habeas corpus*, a parte tem um acesso direto, mais rápido e menos restritivo ao Supremo Tribunal Federal¹⁶⁸⁴. Quem, dispondo de um leque tão amplo de atrativos, optaria por seguir o caminho recursal tradicional?

Tampouco do ponto de vista sistemático justifica-se a interpretação ampliativa quanto ao cabimento do *habeas corpus*. De fato, a possibilidade de impetração sucessiva desse remédio constitucional ignora a existência de um meio processual para

¹⁶⁷⁹ Cf. art. 102, inc. I, alínea ‘i’, da Constituição Federal de 1988.

¹⁶⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 178-179.

¹⁶⁸¹ FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Op. Cit., p. 55.

¹⁶⁸² MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 9ª ed. Barueri: Manole, 2013, p. 260. No mesmo sentido, cf. FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Op. Cit., p. 36.

¹⁶⁸³ STF – Pleno. QO no AI nº. 664.567/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 18.6.07, publicada no DJ de 6.9.07.

¹⁶⁸⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. Cit., p. 454.

sindicar o cerceio à liberdade alheia: o *recurso ordinário constitucional*¹⁶⁸⁵. De acordo com o texto constitucional, caberá recurso ordinário ao STF nos casos de *habeas corpus* decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, “se denegatória a decisão”¹⁶⁸⁶. Ora, se a própria Constituição determina um remédio recursal específico para as hipóteses de rejeição da ordem mandamental, como admitir que se possa impetrar um *habeas corpus* em substituição ao recurso previsto constitucionalmente?

Evidentemente, a opção pelo *habeas corpus* seduz pela circunstância do célere processamento e do cabimento de medida liminar, particularidades ausentes no caso do recurso ordinário constitucional¹⁶⁸⁷. A característica intrínseca de urgência da ordem mandamental praticamente convida a parte a impetrar tanto o remédio heróico quanto o recurso cabível (ordinário ou extraordinário, conforme o caso). E tal situação, por óbvio, tem gerado um volume inaudito de *habeas corpus* nos tribunais superiores, em especial no STF¹⁶⁸⁸.

Talvez atentando para isso, o próprio Supremo Tribunal Federal ensaiou uma viragem em sua jurisprudência permissiva quanto à possibilidade de impetração de *habeas corpus* sucessivos.

No julgamento do HC nº. 110.055/MG, o relator do caso, Ministro Marco Aurélio, assentou que a possibilidade de emprego do remédio constitucional de liberdade como sucedâneo do recurso ordinário constitucional ocorreu numa “época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada”. No ano em que este *habeas corpus* estava sendo julgado (2012), o Tribunal recebera apenas no primeiro semestre 2.181 *habeas corpus*. Salvo “raras exceções”, pouquíssimas impetrações eram “passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial”. Essa prática, além de não estar albergada pela garantia constitucional que prevê o *habeas corpus*, “enfraquece” à toda prova a previsão do recurso ordinário constitucional. E, como salientou o Ministro Marco Aurélio, “o Direito é avesso a sobreposições”. Com base nesses fundamentos, o Supremo negou curso à impetração, extinguindo o processo sem julgamento do mérito¹⁶⁸⁹.

¹⁶⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 179.

¹⁶⁸⁶ Cf. art. 102, inc. II, alínea ‘a’, da Constituição Federal de 1988.

¹⁶⁸⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 221-225.

¹⁶⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 179.

¹⁶⁸⁹ STF – I Turma. HC nº. 110.055/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Julgado em 16.10.12, publicada no DJ de 9.11.12.

Houve quem celebrasse esse novo “precedente”¹⁶⁹⁰. Parte da doutrina festejou a decisão do Supremo de rejeitar o ajuizamento de *habeas corpus* como sucedâneo de recursos ordinário e extraordinário. Estaria aí, de acordo com esse entendimento, sinalizada uma tendência dos Tribunais Superiores, neles incluído o Supremo, de “considerar inadequada a utilização desta garantia constitucional em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais”¹⁶⁹¹. Essa ilusão, contudo, não tardou a ser desfeita.

Poucos meses depois desse julgamento, a Segunda Turma do STF decidiu em sentido diametralmente oposto ao que decidira a Primeira Turma. Ao julgar o RHC nº. 117.138/ES, o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, concluiu que “a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do recurso ordinário ou extraordinário cabível não obsta a sua apreciação”. Assim, embora não conhecesse da impetração, o Tribunal acabou por conceder a ordem de ofício¹⁶⁹².

O recurso à concessão *ex officio* da ordem de *habeas corpus* praticamente anula a jurisprudência restritiva que vinha se insinuando no Supremo Tribunal Federal nessa matéria. É dizer: ainda que não conheça das impetrações, decidindo pelo não cabimento do *habeas corpus*, os ministros acabam ingressando no mérito da demanda¹⁶⁹³. Disso resulta um convite para que os advogados continuem a ingressar com *habeas corpus* em escala sucessiva, pois, ainda que eles não sejam formalmente conhecidos, materialmente acabam por sê-lo¹⁶⁹⁴. Afinal, o objetivo perseguido – a liberdade do paciente – é alcançado, de uma forma ou de outra.

Dessa mercê, em que pese a ampla jurisprudência consolidada quanto ao não cabimento de *habeas corpus* para contestar revisão criminal¹⁶⁹⁵, a possibilidade de impetração dessa ação constitucional em escala sucessiva continua constituindo uma porta entreaberta pelo Supremo.

¹⁶⁹⁰ ARAS, Vladimir. Op. Cit.

¹⁶⁹¹ ARAS, Vladimir. Op. Cit.

¹⁶⁹² STF – II Turma. RHC nº. 117.138/ES. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 28.5.13, publicada no DJ de 27.11.13.

¹⁶⁹³ Cf., p. ex., STF – I Turma. HC nº. 92.487/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Julgado em 25.3.08, publicada no DJ de 1º.8.08.

¹⁶⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 179.

¹⁶⁹⁵ Cf., v.g., STF – I Turma. RHC nº. 117.803/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 11.2.14, publicada no DJ de 25.2.14; STF – II Turma. RHC nº. 116.070/RJ. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 22.4.14, publicada no DJ de 12.6.14; STF – I Turma. HC nº. 102.077/SP. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 11.3.14, publicada no DJ de 31.3.14; e STF – I Turma. RHC nº. 123.529/GO. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 30.9.14, publicada no DJ de 14.11.14.

Deve-se destacar que, tal como está hoje, a doutrina maximalista do *habeas corpus* termina por produzir situações esdrúxulas. É o caso, por exemplo, dos *habeas corpus* impetrados sucessivamente “contra decisões liminares em todas as instâncias jurisdicionais”. Nessas hipóteses, para perplexidade geral¹⁶⁹⁶, o que o Supremo Tribunal Federal acaba por julgar não é exatamente o ato de um Tribunal Superior, mas “a própria decisão do juiz singular”, em 1º grau de jurisdição. Trata-se de inversão manifesta da estrutura decisória imaginada pelo constituinte originário, com flagrante violação de regras de competência constitucionalmente estabelecidas, a resultar no indesejável fenômeno da “supressão de instâncias”¹⁶⁹⁷. E o que é pior: caso o relator do caso no STF defira em caráter liminar a ordem requerida, todos os demais juízos que tenham conhecido do caso ficarão “impedidos de julgar definitivamente os *habeas corpus*, diante da pendência de decisão concessiva de liminar pelo Supremo Tribunal Federal”¹⁶⁹⁸. Sob essa óptica, o problema do entrave processual do STF rapidamente se espalharia, nessa hipótese, para todo o restante do Poder Judiciário.

III.6 O “Supremo Tribunal de Reclamações”¹⁶⁹⁹

Conforme demonstrado anteriormente, o processo de abstratização do controle concreto de constitucionalidade no Brasil obedeceu a uma curiosa regra de estruturação: ao invés de conceber-se um modelo de funcionamento para, a partir daí, criar-se instrumentos de efetivação, partiu-se de um dos instrumentos de controle (a reclamação) para, a partir dele, conceber um sistema de fiscalização de constitucionalidade normativa que pudesse dele se valer. Disso resultaram: 1) a introdução da ADC com eficácia vinculativa de suas decisões; 2) a extensão, por via infraconstitucional, desse mesmo atributo à Adin; 3) a estruturação da ADPF de maneira a contemplar também decisões com efeitos vinculantes; e 4) a introdução da súmula vinculante, prevendo-se que, da sua inobservância, caberia reclamação ao Supremo.

Em todos esses casos, verifica-se a tendência clara de empoderar mais e mais o Supremo Tribunal Federal, tendo a reclamação como instrumento máximo de efetivação de suas decisões. A reclamação constitucional desempenha, hoje, a função

¹⁶⁹⁶ Para a perplexidade, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 178-184.

¹⁶⁹⁷ ARAS, Vladimir. Op. Cit.

¹⁶⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1370.

¹⁶⁹⁹ A expressão é tomada em empréstimo a André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**, cit., p. 82).

quase coercitiva de impor aos demais juízos do país a obediência aos preceitos emanados da Suprema Corte brasileira. Ao determinar que “assiste plena legitimidade ativa” àqueles, particulares ou não, que venham a ser afetados “por decisões de outros magistrados ou tribunais que se revelem contrárias ao entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo STF”¹⁷⁰⁰, o Supremo está, por via transversa, abrindo as portas para que as partes atalhem o tortuoso caminho do controle incidental. Havendo a possibilidade de socorrer-se diretamente do Supremo Tribunal Federal, quem se disporá a enfrentar o arrastado roteiro da jurisdição constitucional difusa?

É certo que “o acesso, ainda que remoto e extraordinário, à instância máxima da justiça constitucional” revela, por parte do constituinte (originário ou derivado), uma postura “antropologicamente amiga da dinamização processual dos direitos fundamentais”¹⁷⁰¹. Embora o princípio maior consagre o acesso à Justiça como um todo, isto é, o acesso às instâncias judiciais (independentemente de sua hierarquia), há uma “dimensão da tutela que não resulta plenamente satisfeita apenas com a garantia de acessos aos tribunais”¹⁷⁰². Se o objetivo é promover uma tutela efetiva das garantias veiculadas no texto constitucional, parece consequência natural desse entendimento não excluir as cortes constitucionais do rol de entidades às quais o cidadão pode recorrer em caso de violação, seja por parte da Administração, seja por parte do próprio Judiciário¹⁷⁰³. Por isso mesmo, as constituições em geral costumam garantir aos particulares o direito de “aceder ao órgão encarregado da jurisdição constitucional, seja um Supremo Tribunal ou um Tribunal Constitucional, em caso de não terem visto satisfeita a sua pretensão nos tribunais comuns”¹⁷⁰⁴. Tal prática, contudo, não se dá à margem de questionamentos.

A grande questão por trás da exacerbação dos mecanismos de eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal reside na virtual eliminação da utilidade prática dos juízes de 1º grau e dos tribunais locais. Se de fato é possível à parte demandar diretamente ao Supremo, o que a levaria a deixar de atalhar a tortuosa via de quem inicia um litígio na base do sistema? É dizer: se é possível obter de pronto uma resposta do STF sobre a demanda através da reclamação, por que se submeter ao longo e

¹⁷⁰⁰ Cf. voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do AgRg na Rcl nº. 21.504/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 17.11.15, publicada no DJ de 11.12.15.

¹⁷⁰¹ ALEXANDRINO, José Melo. **Sim ou não ao recurso de amparo?** Revista Julgar, nº. 11. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 45-46.

¹⁷⁰² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 181.

¹⁷⁰³ ALEXANDRINO, José Melo. **Sim ou não ao recurso de amparo?**, cit., p. 45-46.

¹⁷⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 181.

penoso caminho processual para finalmente desembocar no mesmo lugar através de um recurso extraordinário?

Com efeito, à medida que o Supremo Tribunal Federal sedimenta a utilização desse instrumento, com a edição cada vez maior de súmulas vinculantes, é natural que as “ambiguidades e incertezas que fatalmente decorrerão dos textos sumulados” redundem na efetiva diminuição de recursos extraordinários e agravos correspondentes no Tribunal, mas à custa de “um aumento vertiginoso na quantidade de reclamações, de protocolização direta no âmbito da Suprema Corte”¹⁷⁰⁵. Há, em resumo, o risco concreto de que a “*crise numérica*” dos recursos extraordinários seja meramente transportada para a reclamação¹⁷⁰⁶. Tal perspectiva é agravada pelo fato de que o emprego da reclamação não exclui o recurso a outros meios de impugnação, como os recursos em geral¹⁷⁰⁷.

Em algumas ocasiões, os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal tem manifestado essa inquietação. Em julgamento de reclamação fundada em desobediência ao que fora fixado pelo STF no julgamento da APDF nº. 130/DF, que decidiu pela não recepção da Lei de Imprensa pela Carta de 1988, o Ministro Teori Zavascki fez registrar suas reservas e mesmo sua “viva preocupação” com a possibilidade “cada vez mais frequente de ajuizamento de reclamações”, submetendo ao Tribunal o exame de “múltiplas situações de fato em que se alega, em face de casos concretos, a ocorrência de censura prévia a meios de comunicação”. Como bem ressaltou o Ministro Teori, “a aceitação incondicional desse instrumento poderá transformar o Tribunal em instância praticamente originária e universal da apreciação de questões sobre liberdade de imprensa”. E o que é pior. Tal implicaria mergulhar o STF na pantanosa seara do “exame de fatos e provas”, tarefa para a qual não se encontra suficientemente aparelhado e que, no fundo, sequer lhe foi cometida pelo constituinte de 1988¹⁷⁰⁸.

O receio não é de todo infundado. Além da possibilidade de supressão da *via crucis* recursal, a parte, ao valer-se da reclamação constitucional, ainda estaria eximida de atender aos estritos requisitos atualmente previstos para o processamento dos recursos

¹⁷⁰⁵ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 84. Em sentido contrário, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 308-309. A ressaltar, no entanto, que o Prof. Blanco de Moraes contesta essa conclusão com base em estudos sobre números de 2010. Antes, portanto, do aumento progressivo que se verificou no recurso a esse instrumento a partir de 2011.

¹⁷⁰⁶ TAVARES, André Ramos. **A nova lei da súmula vinculante**, cit., p. 82. Itálico do original.

¹⁷⁰⁷ Nesse sentido, cf. GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 570.

¹⁷⁰⁸ Cf. voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento do AgRg na Rcl nº. 21.504/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 17.11.15, publicada no DJ de 11.12.15.

extraordinários. Enquanto neste caso somente os dotados de repercussão geral merecem a análise por parte do Supremo Tribunal Federal, nas reclamações não subsiste igual requisito. Haveria, pois, duplo ganho para o autor: não somente ele poderia pleitear diretamente ao STF, como ainda estaria dispensado de cumprir determinados requisitos para conhecimento de recurso extraordinário no Supremo.

Se isso não fosse o bastante, o entendimento demasiadamente permissivo do Supremo quanto à viabilidade de recorrer-se à reclamação em nada contribui para impedir o avanço desenfreado do número de recursos extraordinários. Isso porque entende o Tribunal ser irrelevante o fato de a parte ainda poder interpor os recursos previstos na legislação processual para reverter a decisão administrativa ou judicial, “pois o prévio esgotamento da via recursal não se qualifica como pressuposto do ajuizamento da reclamação constitucional”¹⁷⁰⁹.

Repare-se que, no caso particular acima citado, discutia-se questão fática relacionada à liberdade de expressão. Nada impede, todavia, o ajuizamento de reclamações cujo propósito seja discutir questões de fato relativas a dezenas de outras matéria constitucionais sobre as quais o Supremo já proferiu decisão com eficácia vinculante. É o caso, por exemplo, do abortamento de fetos anencefálicos (ADPF nº. 45), da união homoafetiva (ADPF nº. 132) e todas as causas que envolvam a competência do Conselho Nacional de Justiça para julgar matérias originárias de tribunais locais (ADC nº. 12). Isso, é claro, deixando-se de lado a gigantesca quantidade de matérias já “legisladas” através de súmulas vinculantes¹⁷¹⁰. Todo estes são casos potencialmente acumuladores de reclamações, pois encerram preceitos com eficácia vinculante a permitir o acesso direto da parte ao STF. Há, em suma, o risco concreto de que a profusão de decisões com eficácia vinculativa, seja no âmbito do controle abstrato propriamente dito, seja por conta do emprego progressivo da súmula vinculante, acabe por transformar o Supremo Tribunal Federal em mero “oficial de execução de sentenças”¹⁷¹¹.

III.6.1 Reclamação em repercussão geral?

¹⁷⁰⁹ Cf. voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do AgRg na Rcl nº. 21.504/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 17.11.15, publicada no DJ de 11.12.15.

¹⁷¹⁰ Até o momento, o STF já conferiu eficácia vinculante a 55 de suas súmulas, que abrangem desde o auxílio-alimentação para servidores inativos (SV nº. 55), até a incidência de Imposto sobre Serviços nos casos de locações de imóveis (SV nº. 31), passando pela cobrança de taxa de matrícula em universidades públicas (SV nº. 12).

¹⁷¹¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 306.

Mas não é somente no caso da súmula vinculante que essa perplexidade se manifesta. Também no caso da repercussão geral há o risco de aumento exponencial do ajuizamento das reclamações constitucionais no Supremo Tribunal Federal.

Como se observou algures, a sistemática da repercussão geral impõe a seleção de um caso *paradigma*, a partir do qual serão julgados os demais casos versando sobre idêntica matéria constitucional. Uma vez prolatada a decisão, todos os recursos interpostos, ainda que não enviados ao Supremo, ter-se-ão como automaticamente rejeitados ou providos, a depender da sentença exarada pelo STF¹⁷¹².

Uma consequência direta dessa nova sistemática é entender que será cabível o manejo da reclamação constitucional *mesmo nos casos de controle concreto de constitucionalidade*. Isso, ressalte-se, ainda que em dessas decisões não tenha resultado a edição de súmula vinculante, até porque, neste caso, o cabimento da reclamação dá-se por mandamento constitucional. Para tanto, bastará que o “precedente” que se queira ver respeitado tenha se dado por intermédio de uma decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, atuando como última instância do amplo sistema difuso de controle judicial da constitucionalidade de leis existente no Brasil¹⁷¹³.

Esse problema ainda não foi enfrentado em definitivo pelo STF. De início, o Tribunal entendeu “a competência desta Corte somente estará desrespeitada no caso de uma indevida retenção do recurso extraordinário ou do agravo de instrumento sem que o Tribunal de origem realize a necessária retratação”. Sob essa ótica, não seria “adequada a ampliação da utilização da reclamação para correção de equívocos na aplicação da jurisprudência desta Corte aos processos sobrestados na origem”. A razão é óbvia: “Isso acarretaria aumento da quantidade de processos distribuídos e desvirtuamento dos objetivos almejados com a instituição do mecanismo da repercussão geral”¹⁷¹⁴.

Pouco tempo depois, o Supremo voltou à mesma questão. Mas, ao contrário do esperado, o STF ensaiou uma meia volta no seu entendimento inicial.

No caso das Rcls. nºs. 11.427/MG e 11.408/RS, o Ministro Ricardo Lewandowski indeferiu de plano as ações constitucionais. Fundando-se no precedente anterior, o relator fez assentar que “ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria”. Logo, “a remessa dos autos

¹⁷¹² MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 268-269.

¹⁷¹³ CUNHA, Leonardo Carreira da. Op. Cit., p. 65.

¹⁷¹⁴ STF – Pleno. Rcl. nº. 7.569/SP. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em 19.11.09, publicada no DJ de 10.12.09.

individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação”¹⁷¹⁵. Todavia, interposto agravo regimental, um pedido de vistas do Ministro Gilmar Mendes levou o Supremo a trilhar outro caminho.

No seu voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes seguiu na generalidade o entendimento do relator. Produziu, contudo, uma importante ressalva: nos “casos excepcionais”, de natureza “teratológica”, caberia, sim, o ajuizamento da reclamação para sindicar o descumprimento, pelos tribunais locais, de decisão do STF tomada em repercussão geral. Gilmar Mendes ponderou, no entanto, que o cabimento da reclamação deveria ser deveras restrito. Do contrário, “a repercussão geral seria inútil e até viria a prejudicar o STF, ao criar mais um incidente processual” em uma corte já assoberbada de processos¹⁷¹⁶.

Radicalizando esse entendimento, o Ministro Marco Aurélio defendeu que o Tribunal não poderia fechar os olhos para o descumprimento de suas decisões tomadas em repercussão geral. Manifestando sua perplexidade com a posição da Corte, indagou-se o Ministro Marco Aurélio se “a erronia, o descompasso, não ensejam o instrumental, não ensejam a defesa pela parte prejudicada?” Por isso, se por acaso o tribunal local decide de forma “diametralmente oposta” à decisão do Supremo, ao decidir-se que não há “remédio jurídico” para atacar essa decisão, “nós estaremos a transformar os tribunais em geral do país em verdadeiros Supremos”. Forte nessas razões, o Ministro dava provimento ao recurso¹⁷¹⁷. O processo, então, foi suspenso por novo pedido de vista, desta feita do Ministro Luís Roberto Barroso.

Em seu voto, o Ministro Roberto Barroso retomou a tese do Ministro Ricardo Lewandowski. Para o Ministro Roberto Barroso, a negativa de subida do recurso extraordinário fundada em entendimento do STF em decisão com repercussão geral não usurparia a competência do Tribunal. Por outro lado, é certo que “os órgãos de origem não podem ser os árbitros finais do acesso a esta Corte”. Isso equivaleria, segundo o ministro, a criar “vários Supremos no Brasil, em prejuízo da racionalidade do sistema e da própria autoridade deste Tribunal”. A questão, como assinalou o ministro, é que “não podemos admitir que as reclamações atinjam o número anteriormente assumido pelo recurso extraordinário”, ou seja, “em lugar de um número espantoso de recursos, passemos a ter um número espantoso de reclamações”. No final, teria o Supremo “trocado seis por meia

¹⁷¹⁵ Cf. decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski nas Rcls. n.ºs. 11.427/MG e 11.408/RS, publicada no DJ de 15.3.11.

¹⁷¹⁶ Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes no AgRg nas Rcls. n.ºs. 11.427/MG e 11.408/RS.

¹⁷¹⁷ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio no AgRg nas Rcls. n.ºs. 11.427/MG e 11.408/RS.

dúzia”. Para evitar isso, o Ministro Luís Roberto Barroso sugeriu a necessidade de observância de alguns parâmetros para fins de cabimento da reclamação, como a teratologia manifesta da decisão reclamada, após esgotadas as instâncias originárias, cabendo, em qualquer caso, a aplicação da pena de litigância de má-fé ao reclamante que não lograsse atender a esses requisitos¹⁷¹⁸.

Após o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, o julgamento do caso foi novamente interrompido por pedido de vistas. Agora, do Ministro Luiz Fux. A questão, portanto, continua em aberto.

III.6.2 O traslado da crise numérica do recurso extraordinário para a reclamação

Bem se vê que o potencial efeito multiplicador de reclamações não deriva exclusivamente do advento da súmula vinculante. A repercussão geral em recurso extraordinário desempenha papel semelhante, ainda mais quando se considera que o Supremo Tribunal Federal, ao menos em um caso, julgou prejudicada ação de fiscalização abstrata em virtude de apreciação anterior de recurso extraordinário com repercussão geral de igual conteúdo¹⁷¹⁹. O grande risco, portanto, é que o processo de abstratização levado a cabo pelo Supremo Tribunal Federal redunde numa “mera troca de meios de impugnação”: onde havia recurso extraordinário, passará a haver reclamação¹⁷²⁰. Só isso bastaria para concluir pela inutilidade prática dessa tendência, quando o norte é a diminuição da carga de trabalho imposta ao STF.

Diante disso, não seria de todo absurdo afirmar que, de fato, a súmula vinculante pode até reduzir a quantidade de processos em trâmite na justiça brasileira. Mas isso não resultará em sua verdadeira eliminação. Uma vez que a “contestação ao desacatamento das mesmas súmulas” implica “aumentar exponencialmente a actividade do STF no julgamento de reclamações”, não seria de todo absurdo afirmar que, aqui, estaríamos a trocar nada por coisa nenhuma¹⁷²¹.

E o que é pior. A substituição da sistemática atual por uma maximização do âmbito de cabimento da reclamação constitucional apenas trasladaria os litígios que em ordinário tramitam em 1º e 2º graus de jurisdição diretamente para o Supremo. Ao invés de

¹⁷¹⁸ Cf. voto do Ministro Luís Roberto Barroso no AgRg nas Rcls. nºs. 11.427/MG e 11.408/RS.

¹⁷¹⁹ STF – Pleno. AgRg na Adin nº. 4.071/DF. Relator: Ministro Menezes Direito. Julgado em 22.4.09, publicada no DJ de 16.10.09

¹⁷²⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 560.

¹⁷²¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 307.

termos 100 mil recursos extraordinários julgados anualmente, teríamos 100 mil reclamações decididas ano a ano pelo STF. Qual seria a vantagem envolvida nessa troca?

É de destacar-se, ainda, que não há motivo algum para imaginar que essa seria uma troca de “soma zero”, ou seja, que os recursos extraordinários seriam substituídos na exata quantidade da demanda por reclamações constitucionais. Pelo contrário. As instâncias ordinárias atuam como poderoso filtro processual de demandas judiciais, decidindo inúmeros casos em definitivo – isto é, com trânsito em julgado – sem que as causas subjacentes jamais alcancem o Supremo Tribunal Federal. Fora os casos que se encerram por falhas processuais ou por transação entre as partes, milhares de outros feitos terminam, por uma razão ou por outra, com a aquiescência das partes em relação àquilo que se decidiu no mérito, sem que nenhuma delas se anime a levar o caso às instâncias extraordinárias (STJ e STF). Se esse filtro for sumariamente suprimido, não seria de espantar que o número de causas decididas pelo Supremo, hoje contadas às dezenas de milhares, alcançasse rapidamente a vertiginosa casa dos milhões.

Na verdade, já se pode observar um avanço ainda tímido desse fenômeno. Há exatos 20 anos, o número de reclamações julgadas anualmente no Supremo Tribunal Federal mal ultrapassava as três dezenas¹⁷²². Duas décadas e vários instrumentos com eficácia vinculante depois, esse número já atingiu os três milhares, chegando a quase 4.000 somente no ano de 2014¹⁷²³.

Observando-se a série histórica, verifica-se que a grande salto no número de reclamações ajuizadas e julgadas ano a ano no STF deu-se após a maximização dos instrumentos dotados de eficácia vinculante. Após a EC nº. 45/2004 e sua posterior regulamentação por legislação ordinária em 2006, o número de reclamações saltou de irrisórios 32 em 2005 para impressionantes 1.684 em 2008¹⁷²⁴.

E não só isso. Como advertiu a Ministra Carmen Lúcia no julgamento das Rcls. nºs. 11.427/MG e 11.408/RS, somente numa única matéria de natureza trabalhista reside potencialmente a possibilidade de ajuizamento de 60.000 reclamações¹⁷²⁵. Há, portanto, o risco concreto de transformar o Supremo Tribunal Federal em um “Supremo Tribunal de Reclamações”.

¹⁷²² Foram 33 em 1996.

¹⁷²³ Cf. Estatísticas de Processos do STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasseAnosAnteriores>.

¹⁷²⁴ Cf. Estatísticas de Processos do STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasseAnosAnteriores>.

¹⁷²⁵ Cf. voto da Ministra Carmen Lúcia nas Rcls. nºs. 11.427/MG e 11.408/RS.

Talvez pensando nisso, o legislador ordinário produziu uma singela modificação no recém aprovado Código de Processo Civil. De acordo com sua redação original, a reclamação somente não seria cabível, nos casos de descumprimento de decisões vinculantes do Supremo, “após o trânsito em julgado” da decisão¹⁷²⁶. Agora, não somente descabe a reclamação empós transitada em julgado a decisão, mas, também, quando “não esgotadas as instâncias ordinárias”, nos casos em que se a proponha “para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida”¹⁷²⁷.

Todavia, há dois problemas graves na sistemática arquitetada pelo legislador ordinário. No primeiro deles, verifica-se que só há ressalva aos casos de repercussão geral em recurso extraordinário. Nos casos de súmulas vinculantes, o regramento continua o mesmo. Ou seja: a parte ainda detém a prerrogativa de acessar diretamente o Supremo Tribunal Federal, atropelando as instâncias ordinárias para obter, desde já, um pronunciamento definitivo sobre sua questão pela mais alta corte do país. O segundo e principal problema diz respeito à restrição da ressalva legislativa ao caso em que o descumprimento das sentenças vinculantes do Supremo tenha por base uma decisão judicial. Embora ressalvado pela necessidade de prévio esgotamento da via administrativa¹⁷²⁸, também no caso de descumprimentos pela Administração Pública estará facultado ao cidadão ajuizar diretamente no STF reclamação constitucional, atalhando o caminho processual das instâncias ordinárias.

Independentemente da decisão do STF sobre o cabimento da reclamação no caso de descumprimento de decisão proferida em recurso extraordinário com repercussão geral, o fato é que a *crise funcional* da reclamação já se insinuava desde antes dessa polêmica. Considerando que a quantidade de julgamentos de ações declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, assim como das arguições de descumprimento de preceito fundamental, tendem a avolumar-se com o passar do tempo, parece inevitável que uma quantidade avassaladora de assuntos fiquem sujeitos à jurisdição direta do STF através da reclamação. Decisões singelas, proferidas em casos únicos, de que são exemplo a ADPF da Lei de Imprensa e a ADC sobre a vedação ao nepotismo, sujeitam o Supremo a uma jurisdição virtualmente infinita sobre ações que discutam a matéria tratada nessas ações de controle abstrato, atalhando os graus ordinários de

¹⁷²⁶ Cf. art. 988, §5º, do Novo Código de Processo Civil (cf. redação original).

¹⁷²⁷ Cf. art. 988, §5º, inc. II, do Novo Código de Processo Civil (redação dada pela Lei nº. 13.256/06).

¹⁷²⁸ Para a necessidade de prévio esgotamento da via administrativa, cf. GÓES, Gisele Santos Fernandes. Op. Cit., p. 570.

jurisdição e permitindo o conhecimento *per saltum* de matérias estranhas à nobreza que se espera de uma Suprema Corte. Basta pensar, por exemplo, nas várias decisões já proferidas no Brasil acerca da vedação à veiculação de notícias sobre determinado assunto ou pessoa. Se a cada exercício de “censura judicial” corresponder uma reclamação individual a reivindicar o usufruto da liberdade de imprensa cerceado, não será difícil imaginar o STF assoberbado com milhares de processos que sequer tramitaram nas instâncias inferiores do Poder Judiciário.

Parece óbvio que o sistema não poderá perdurar por muito tempo da forma com a qual está estruturado. Na medida em se atribui a um número cada vez maior de instrumentos eficácia vinculante, mais e mais abre-se a porta através da qual perpassam, impunes, incontáveis reclamações constitucionais. Com isso, solapa-se a autoridade e – por que não dizer? – a utilidade mesma das instâncias ordinárias. Responsáveis primários pela “justiça do caso concreto”, aparelhados para analisar fatos, testemunhas e matéria probatória em geral, os juízes de primeiro grau e os tribunais locais encontram-se na difícil condição de serem reduzidos virtualmente a instâncias judiciais residuais. Com a extrapolção da eficácia vinculante e o emprego maciço da reclamação, competirá ao Supremo Tribunal Federal decidir de forma direta toda e qualquer causa no Brasil. Consolidando-se esse cenário, o Poder Judiciário deixará de funcionar como uma orquestra e passará a enxergar no STF um inadvertido solista.

III.7 Crítica à modulação de efeitos em controle concreto

III.7.1 A problemática da modulação: inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99

Tema dos mais controversos em matéria de controle de constitucionalidade no Direito brasileiro é a chamada modulação dos efeitos temporais das decisões.

Diz-se comumente que a lei ou ato normativo inconstitucional é *nulo*. Sanciona-se a norma inconstitucional com a declaração de nulidade. Embora se reconheça que o princípio da nulidade das normas inconstitucionais está implícito na Constituição Federal – haja vista a inexistência de norma expressa a respeito –, doutrina e jurisprudência aceitam-no pacificamente, embora haja vozes relevantes em contrário¹⁷²⁹.

¹⁷²⁹ Nesse sentido, cf. RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 47-53.

Sendo nula a norma declarada inconstitucional, sua sanção – pela própria natureza da declaração da nulidade – retroage à data de publicação da norma. Os efeitos da declaração, portanto, são *ex tunc*¹⁷³⁰. No entanto, havia casos em que, levando-se a ferro e fogo tal princípio, a declaração de nulidade com efeitos *ex tunc* produziria efeitos mais nefastos do que a própria inconstitucionalidade já materializada. Para mitigar esses efeitos, a doutrina e a jurisprudência passaram a defender “válvulas de segurança”¹⁷³¹ para as cortes constitucionais, a fim de que pudessem “ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar”¹⁷³². Esse movimento passa a ganhar força após a Grande Depressão, capitaneado pela doutrina americana¹⁷³³. Com algum atraso, essas idéias chegaram ao sistema brasileiro.

Onze anos após a promulgação da Carta de 1988, o legislador deu “um importante passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através do alargamento dos efeitos manipulativos das decisões de inconstitucionalidade”¹⁷³⁴. Com efeito, foi através da Lei nº. 9.868/99 que a possibilidade de modulação de efeitos temporais foi introduzida em nosso ordenamento. Em seu artigo 27, a referida lei autorizou o STF a “restringir os efeitos” da declaração de inconstitucionalidade, caso manifestassem-se “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. Embora a decisão esteja vinculada à autorização de dois terços de sua composição plenária (oito ministros), o STF poderá, “fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro”¹⁷³⁵: i) restringir os efeitos da declaração à data de julgamento (ou seja, pronunciar nulidade apenas com efeitos *ex nunc*); ii) decidir que os efeitos somente se produzirão a partir do trânsito em julgado da decisão (efeitos *ex nunc* ainda mais pronunciados); e iii) decidir que a declaração de inconstitucionalidade somente produzirá efeitos “a partir de outro momento que for fixado” (declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*).

A *ratio* do art. 27 é evidente. Pretende-se, com ele, impedir que a declaração de inconstitucionalidade finde “por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”¹⁷³⁶. Todavia, é deveras discutível que a possibilidade de modulação dos

¹⁷³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 321.

¹⁷³¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, t. 6, cit., p. 500-502.

¹⁷³² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, t. 6, cit., p. 500-502.

¹⁷³³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 327.

¹⁷³⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**, t.2, cit., p. 256-257.

¹⁷³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 332.

¹⁷³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 332.

efeitos da declaração de inconstitucionalidade seja introduzida no ordenamento brasileiro por lei ordinária, para a qual não corresponde – ao menos não expressamente – a necessária base constitucional.

A rigor, se o princípio da nulidade é um *princípio* constitucional (ainda que implícito)¹⁷³⁷, o *contra-princípio*, ou seja, a possibilidade de excepcioná-lo, também deve ter base constitucional¹⁷³⁸. Seria um gigantesco contrassenso admitir que uma norma constitucional pudesse ser excepcionada ou ter seu alcance restringido por uma norma infraconstitucional, invertendo-se de ponta a cabeça a pirâmide hierárquica normativa. Não foi por outra razão que, no caso português, alterou-se o texto constitucional, introduzindo-se a possibilidade de modulação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade no n.º 4, do art. 282, da CRP¹⁷³⁹. Por comungar do mesmo regime de nulidade existente no ordenamento brasileiro – e, neste caso, o princípio da nulidade é expreso, não implícito – agiu bem o legislador português ao excepcioná-lo por norma de igual hierarquia e dignidade, sem a qual a exceção padeceria de inconstitucionalidade¹⁷⁴⁰.

A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9.868/99 não escapou aos olhares atentos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que propôs a Adin n.º 2.258/DF¹⁷⁴¹. Até o momento, foi proferido um único voto, do Min. Sepúlveda Pertence, pela inconstitucionalidade do dispositivo. Contudo, o STF, convenientemente, remeteu o julgamento às calendas. O Tribunal, assim, continua a aplicar a norma; já o fez em muitos julgados. O propósito não é outro senão o de esperar até que sobrevenha uma emenda constitucional que cooneste a situação e torne tudo o mais anterior a ela um fato consumado, tal como ocorreu com a problemática da ausência de eficácia vinculante para as ações diretas de inconstitucionalidade.

III.7.2 A extensão da eficácia modulatória ao controle concreto

¹⁷³⁷ Nesse sentido, cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 333-343; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 53; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 61; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, cit., p. 254; e BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 15.

¹⁷³⁸ Providência, aliás, adotada também pelo legislador austríaco (RÍVORIO, Francisco Javier Díaz. Op. Cit., p. 88).

¹⁷³⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, t. 6, cit., p. 292.

¹⁷⁴⁰ O mesmo caminho foi seguido pelo legislador austríaco. Para a informação, cf. RÍVORIO, Francisco Javier Díaz. Op. Cit., p. 88.

¹⁷⁴¹ Tramita em apenso a essa Adin uma outra (Adin n.º 2.154/DF), proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. No entanto, como a Adin proposta pela Conselho Federal da OAB possui objeto mais amplo, foi-lhe apensada a da CNPL, embora esta tenha sido proposta em primeiro lugar.

Repare-se, porém, que a norma em questão autoriza apenas a modulação de efeitos em sede de controle abstrato de normas. Ou seja: ainda que se admitisse a constitucionalidade do dispositivo legal, não há qualquer espaço interpretativo para ampliar essa possibilidade a decisões tomadas em controle concreto de normas. Isso, contudo, não pareceu suficiente para impedir o Supremo de avançar nessa praxe.

Não que isso seja novidade, ressalte-se. O primeiro registro de modulação de efeitos temporais de declaração de inconstitucionalidade pelo STF deu-se em julgamento de um caso concreto, ainda em período anterior à Carta de 1988¹⁷⁴². Hoje, no entanto, a modulação de efeitos é largamente admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contando-se às centenas os casos em que ela foi operada sem maiores discussões. Veja-se, por exemplo, o paradigmático caso do RE nº. 197.917/SP, referido alhures.

Com efeito, não socorre qualquer fundamento teórico para a modulação de efeitos *in concreto* no caso brasileiro. Não bastasse a absoluta ausência de qualquer comando normativo a autorizar a prática, ao contrário do que ocorre no controle abstrato (ainda que sujeita a objeções), nenhum dos fundamentos ordinariamente invocados para sustentar a restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade poderia ser utilizado de forma válida em sede de controle concreto. É difícil sustentar que, de um único caso, cujos efeitos deveriam ser *inter partes* via de regra, possam acudir “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” a justificar a mitigação dos naturais efeitos *ex tunc* da sanção de nulidade da norma.

Para além dessa objeção, é de perguntar-se se uma sistemática dessa sorte não acabaria por estender de maneira assaz extravagante essa mesma competência para os juízos ordinários espalhados pelo país. Uma vez que todo e qualquer juiz pode declarar a incompatibilidade de norma legal com a Constituição quando analisa um caso concreto, com qual fundamento será possível ceifar-lhe a mesma competência que se auto-outorgou o STF? Se o controle concreto é exercido no Brasil de maneira difusa, parece lógico – a prevalecer a possibilidade de modulação *in concreto* – que igual faculdade seja conferida a todos os demais juízos. A absurdez dessa conclusão evidencia à saciedade o quão exótica é essa posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Curiosamente, a doutrina brasileira parece ignorar essa problemática. Os poucos doutrinadores dispostos a analisar a controvérsia apenas reproduzem a dicção dos

¹⁷⁴² STF – II Turma. RE nº. 78.533/SP. Relator: Ministro Décio Miranda. Julgado em 13.11.81, publicada no DJ de 26.2.82

julgamentos do Supremo¹⁷⁴³. E, embora alguns até mesmo façam referência à inexistência de permissivo legal a autorizar a modulação *in concreto*, nenhum deles aprofunda-se na questão, limitando-se a divagar sobre as vantagens da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade¹⁷⁴⁴.

Ao fim e ao cabo, a única voz contrária a essa extensão da prática modulatória a casos concretos ressoa da boca do Ministro Marco Aurélio Mello. Por mais de uma vez o Ministro fez saber ser que, na sua visão, é impossível aceitar “que o recorrente que vislumbra o direito reconhecido pelo Supremo ganha, mas não leva”. Daí sua radical posição segundo a qual “não devemos abandonar os muros do processo – os muros subjetivos do processo – e como que transformar este processo subjetivo em objetivo”¹⁷⁴⁵. Mas, neste caso, assim como em tantos outros, a maioria do STF decidiu pela modulação, deixando o Ministro Marco Aurélio na solitária posição de voto vencido.

III.8 Em conclusão

Como se viu ao longo deste capítulo, a abstratização dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade não constitui um mal em si. O problema, na verdade, deriva da constatação de que, no Brasil, a forma com a qual se procurou assemelhar as decisões proferidas em controle concreto às do controle abstrato revela instrumentos de constitucionalidade duvidosa e, em alguns casos, mutuamente excludentes.

Sinteticamente, pode-se dividir as críticas à abstratização produzida pelo constituinte nacional em duas ordens. Na primeira delas, de natureza dogmática, verificam-se sérias dúvidas quanto à compatibilidade de determinados instrumentos idealizados pelo legislador constituinte derivado com cláusulas pétreas da Constituição, em especial a que prevê a separação de poderes. Na segunda linha, de natureza prática, constata-se que os dois principais instrumentos destinados a abstratizar os efeitos das decisões proferidas passaram ao largo de atingir o objetivo que se lhes impusera: amenizar a sobrecarga processual do STF. Nem a repercussão geral alcançou a dimensão imaginada pelo legislador constituinte derivado, nem muito menos a súmula vinculante conseguiu desincumbir-se da tarefa a que se propunha.

¹⁷⁴³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. Cit., p. 453.

¹⁷⁴⁴ É o caso, por exemplo, de Tadeu Hutler Gonçalves (GONÇALVES, Tadeu Hutler. Op. Cit., p. 93).

¹⁷⁴⁵ STF – Pleno. RE nº. 638.115/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 19.3.15, publicada no DJ de 3.8.15.

Em resumo, verificou-se que:

- 1 – A súmula vinculante e a repercussão geral constituem instrumentos reciprocamente excludentes, pois, enquanto a súmula depende – pelo texto da Constituição – da reiteração de decisões sobre uma mesma matéria, a repercussão geral impõe a sistemática de julgamento de um único recurso extraordinário, com declaração de prejudicialidade a todos os demais interpostos;
- 2 – Nenhuma das reformas constitucionais produzidas até o momento cuidou de revogar o art. 52, inc. X, da Constituição Federal, pelo que qualquer tentativa de abstratização do controle concreto conflitará com a competência do Senado Federal para sustar, por meio de resolução, ato normativo declarado inconstitucional pelo STF;
- 3 – A súmula vinculante, embora, a nosso juízo, não vulnere o princípio da independência funcional do juiz, ofende o princípio da tipicidade legislativa e, por conseguinte, o princípio da separação de poderes, ao conferir poderes *paralegislativos* ao Supremo;
- 4 – Assim como no caso anterior, também viola o princípio da separação de poderes a atribuição de eficácia *erga omnes* ao mandado de injunção, com o agravante de que esse remédio constitucional jamais alcançou volume processual que justificasse sua abstratização;
- 5 – A abstratização do *habeas corpus*, além de desnaturá-lo como remédio constitucional precípuo para a defesa das liberdades individuais, convola-o em inesperado instrumento de controle de constitucionalidade das leis penais, transgredindo a competência constitucional outorgada ao STF e permitindo a qualquer cidadão contornar as limitações do foro por prerrogativa de função;
- 6 – A modificação de entendimento quanto ao cabimento da reclamação, associada à introdução da súmula vinculante e à abstratização dos efeitos em repercussão geral, mandado de injunção e *habeas corpus*, tem pouco trasladado a crise numérica dos recursos extraordinários para as reclamações constitucionais.

Conclui-se, portanto, que a abstratização dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade, tal como está estruturada hoje no Brasil, não resolveu o principal transtorno que se dispunha a solucionar: a sobrecarga processual do STF. Se a súmula vinculante e a repercussão geral deveriam conduzir a uma “abrupta diminuição da quantidade de recursos no Supremo Tribunal Federal”, atacando um problema que concentrava “noventa por cento da quantidade de processos na Corte”, pode-se afirmar que o resultado geral passou longe das “promissoras perspectivas” que afiançavam uma suposta “solução definitiva do vetusto problema do acúmulo processual”¹⁷⁴⁶. Como se essa desilusão não bastasse, ambos os instrumentos acrescentam diversas perplexidades dogmáticas a um quadro já confuso de compatibilidade dos instrumentos atualmente empregados com o núcleo duro da Constituição.

E a questão que remanesce é: se a abstratização dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade não é a solução para minorar a quantidade de processos julgados anualmente pelo STF, o que fazer, então?

É o que será analisado no capítulo seguinte.

¹⁷⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1407.

IV. ALTERNATIVAS PARA A RACIONALIZAÇÃO DE PROCESSOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

IV.1 Introdução

Conforme se viu ao longo deste trabalho, o problema da multiplicação de demandas e o assoberbamento do Supremo Tribunal Federal com demandas repetitivas não sofreu qualquer abalo pelo processo de abstratização dos efeitos do controle de constitucionalidade, em geral, e do controle concreto, em particular. Mesmo a “aplicação rigorosa da sistemática da repercussão geral” não tem servido a esse propósito¹⁷⁴⁷. A súbita diminuição na quantidade de recursos interpostos no STF cedeu passo à inexorável realidade. Se nos primeiros três anos desde quando essa tendência começou a manifestar-se (de 2008 a 2011) o número de processos sofreu uma queda acentuada, ao redor de 36% (de 100.000 a 64.000, aproximadamente), os anos posteriores revelaram o quão inútil havia sido a iniciativa. De 2012 em diante, a quantidade de processos voltou a subir, alcançando em 2014 quase 80.000 feitos, a representar expressivo aumento de 40% em relação ao vale e diminuindo o percentual de redução em relação ao termo inicial para apenas 20%¹⁷⁴⁸.

Pior do que constatar que o esforço pela diminuição do volume de trabalho da Suprema Corte brasileira foi em vão é verificar que a quantidade de feitos em tramitação apresenta clara tendência de alta, desde atingir seu valor mínimo neste milênio em 2011¹⁷⁴⁹. Se em 2014 alcançara-se quase 80.000 processos em tramitação no STF, em 2015 esse número já se insinuava na direção das nove dezenas de milhares e, até dezembro de 2017, o número já chegara à centena de milhar, a imensa maioria constituída por recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários¹⁷⁵⁰. Some-se a isso os quase 45.000 processos pendentes de decisão no acervo do Tribunal, remontando o mais antigo

¹⁷⁴⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1407.

¹⁷⁴⁸ Cf. Estatísticas de processos do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio>.

¹⁷⁴⁹ No II Tomo do seu Justiça Constitucional, o Prof. Blanco de Moraes enumera dados comparativos a demonstrar que os mecanismos então estabelecidos pelo constituinte derivado haviam demonstrado alguma eficácia, haja vista que a redução do acervo processual do Supremo Tribunal Federal indicaria um “descongestionamento processual efetivo” da Corte (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 308-309). Embora esse raciocínio parecesse correto nos idos de 2010, quando se deu a análise do Prof. Blanco de Moraes, a experiência posterior mostrou que os números de então conduziam na verdade a uma falsa conclusão, pois desde então a quantidade de processos só veio a aumentar.

¹⁷⁵⁰ São 14.957 recursos extraordinários e 65.789 agravos em recursos extraordinários no STF. Cf. Estatísticas de processos do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio>.

deles ao longínquo ano de 1969¹⁷⁵¹, e não será difícil concluir que todas as alterações havidas a nível constitucional, legal e jurisprudencial de nada adiantaram.

Apenas para espelhar o tamanho do desafio que se apresenta diante do Supremo, hoje 97,7% das decisões do Supremo são monocráticas, ou seja, tomadas por um só ministro. Um pouco menos de 2% constituem decisões tomadas pelas duas turmas do Tribunal. E – pasme-se – apenas 0,27% das decisões são tomadas pelo Plenário do STF, instância natural de resolução da Corte¹⁷⁵².

Se por um lado essa “*avalanche de recursos*” pode sugerir a conclusão de que os cidadãos nutrem expectativas e avaliações positivas quanto ao exercício da jurisdição constitucional, a realidade incontornável demonstra que esse mesmo sucesso “tende a gerar dificuldades de bloqueio no desempenho dos Tribunais Constitucionais”¹⁷⁵³. Afinal, o acúmulo processual conduz inevitavelmente ao “arrastamento dos processos, anomia na aplicação do direito, desigualdade de tratamento entre os cidadãos e déficit de autoridade do máximo custódio da constitucionalidade das leis”¹⁷⁵⁴. E, embora essa objeção não implique excluir a própria possibilidade de acesso à Suprema Corte, o fato é que ela impõe a revisão dos mecanismos de que se valem os cidadãos, visando à “otimização do seu exercício em ordem a preservar os fins essenciais que presidiram a sua respectiva consagração”¹⁷⁵⁵.

É certo que, por trás dessas tentativas frustradas de colocar “travas” ao acesso ao Supremo Tribunal Federal, esconde-se latente a “ilusão de que os Tribunais Superiores podem continuar a ser Cortes de Justiça para cada caso concreto”. Trata-se, por óbvio, de estruturação “absolutamente impossível, aqui e alhures”¹⁷⁵⁶.

Por outro lado, “o modelo focado na abstração não é exatamente uma condição para a qualidade de corte constitucional”. Essa “propensão à abstração” revela-se algo de certa maneira criticável, pois a experiência jurisprudencial da Suprema Corte brasileira, ao menos no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, tem produzido

¹⁷⁵¹ Os números exatos são, respectivamente, 99.952 e 45.500. Os dados são os disponíveis em 11 dez. 2017. Cf. Estatísticas de processos do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio>.

¹⁷⁵² Os dados são do site “Supremo em Números”, organizado pela Fundação Getúlio Vargas, do Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em 15 dez. 2017.

¹⁷⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 192.

¹⁷⁵⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 308.

¹⁷⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 192.

¹⁷⁵⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1383.

a nível empírico manifestações “pouco efetivas em termos de defesa dos direitos fundamentais, ao contrário do que parece prevalecer no discurso doutrinário”¹⁷⁵⁷.

No fundo, a única conclusão possível é a de que não se pode desenvolver uma atuação de qualidade do Supremo Tribunal Federal sem antes resolver-se a crise numérica processual pela qual passa a Corte. Diminuir a quantidade de processos julgados anualmente pelo Supremo é condição indispensável para que se possa começar a discutir a melhoria na prestação jurisdicional provida pelo STF.

Mas, se a abstratização não é resposta para o problema do volume de processos do STF, qual seria, pois, a solução?

IV.2 Supremo como exclusiva Corte Constitucional?

A primeira idéia que surge à mente quando se trata de resolver a problemática do volume de processos julgados anualmente pelo Supremo refere-se à conversão do Tribunal numa exclusiva Corte Constitucional. Já há algum tempo “a abrangência de competências e a forma centralizadora de escolha dos seus membros fazem com que o Supremo Tribunal Federal venha recebendo críticas de vários setores da sociedade”. Disso decorre, por óbvio, o “fortalecimento da proposta de transformá-lo em uma Corte Constitucional nos padrões europeus, com adaptações, evidentemente, à nossa realidade social”¹⁷⁵⁸.

Sairíamos, portanto, segundo essa proposta, de um “*modelo unitário*”, no qual o exercício da jurisdição constitucional é atribuído não a uma Corte especial, mas a todos os “tribunais ordinários já existentes, superiores (v.g., supremo tribunal ou uma seção ou câmara especializada de um supremo tribunal), inferiores ou ambos”; para um “*modelo de separação*”, no qual se atribui “a um órgão específico, em geral destacado da ordem judiciária ordinária, as atribuições atinentes à justiça constitucional, tal como delimitadas no texto da constituição ou da lei”¹⁷⁵⁹.

Abandonando sua feição de *Suprema Corte*, da qual se originou e que permeou toda a sua jurisprudência ao longo da história, o STF ficaria assim dedicado somente a julgar causas de relevo constitucionais. Como exclusivo Tribunal Constitucional, o Supremo passaria a ser um “órgão jurisdicional especializado”, distinto

¹⁷⁵⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden. Op. Cit., p. 273-274.

¹⁷⁵⁸ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 592. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁷⁵⁹ URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**, cit., p. 17. Itálicos do original.

“orgânica e funcionalmente” dos demais órgãos do Judiciário e colocado à parte da “estrutura hierárquica do poder judicial”¹⁷⁶⁰. No nosso modelo atual, isso significaria limitar sua atuação a quatro modalidades processuais: Adin, Adin por omissão, ADC e ADPF. Desse modo, o STF assumiria contornos quase austríacos, assemelhando-se em definitivo ao modelo continental europeu de fiscalização normativa da constitucionalidade.

IV.2.1 Vantagens do novo sistema

Não há como negar que essa seria uma solução ideal. Com ela, essa tendência de concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal redundaria na transformação do Tribunal numa espécie de “Corte Constitucional Federal”, com funções exclusivamente constitucionais, despindo-se da exagerada competência que lhe foi atribuída pelo legislador constituinte originário¹⁷⁶¹.

As cortes constitucionais, como se sabe, não foram pensadas para serem órgãos integrantes do Poder Judiciário, mas, sim, como entes externos, quase como um “tribunais *ad hoc* do Judiciário”. Daí a diferença entre a forma de nomeação e a função de seus integrantes. Se os integrantes da magistratura ocupam ordinariamente a função judicial, os integrantes das cortes constitucionais ocupam exclusivamente as funções de juízes constitucionais¹⁷⁶².

Do ponto de vista numérico, o controle concentrado jamais se revelou empecilho de monta à regular atividade do Supremo. Da promulgação do atual texto constitucional ao final do ano de 2010, foram protocoladas no total 4.441 Adin¹⁷⁶³. Somando-se a estas pouco mais de 1.000 ações diretas de inconstitucionalidades propostas nesta década e todas as ADCs e ADPFs já ajuizadas até hoje, não se alcança sequer seis milhares de processos, número absolutamente compatível com o bom funcionamento do STF¹⁷⁶⁴. Talvez por isso mesmo, parte da doutrina tenha enxergado no processo de exacerbação dos instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade uma “inequívoca

¹⁷⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 168.

¹⁷⁶¹ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 85.

¹⁷⁶² TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 95. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁷⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Op. Cit.*, p. 1353.

¹⁷⁶⁴ Cf. Estatísticas de processos do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio>.

tendência em se adotar o modelo europeu de controle de constitucionalidade, erigindo-se o Supremo Tribunal Federal à Corte Constitucional”¹⁷⁶⁵.

De fato, “a transformação do Supremo em Corte Constitucional de feições europeias”, com “monopólio do controle de constitucionalidade em nível federal e dedicada, com exclusividade, à jurisdição constitucional” traria inegáveis benefícios ao funcionamento do Tribunal. Essa seria, sem dúvida, a alternativa mais atraente e também a mais eficaz no sentido de sobrepujar a quantidade desproporcional de processos que assomam anualmente ao STF. Só ela equacionaria de uma vez por todas “a questão do déficit decisório, que tanto incomoda a todos os que a prezam como um dos mais importantes legados do Brasil Republicano”¹⁷⁶⁶.

IV.2.2 Desvantagens de um STF como exclusiva Corte Constitucional

Por outro lado, uma tal modificação implicaria severa reviravolta no sistema de justiça constitucional brasileira tal como o conhecemos. Ao transformar-se o STF em exclusiva Corte Constitucional, seria necessário por conseguinte despi-lo da prerrogativa de “derradeira instância recursal”. E, ao fazê-lo, seria também inegável admitir ou a completa supressão ou, no mínimo, uma “profunda reformulação do recurso extraordinário, bem além de fórmulas paliativas como as de repercussão geral”¹⁷⁶⁷. Abandonaríamos, desse modo, o sistema de fiscalização concreta de base difusa, que marcou ao longo da nossa história republicana o exercício da jurisdição constitucional, para adotarmos um modelo de jurisdição constitucional que, a rigor, jamais foi experimentado por estas bandas.

Fora isso, seria o caso de pensar-se se, dessa nova reformulação de competência do Supremo Tribunal Federal, não decorreria também a necessidade de discutir-se um novo processo de escolha para os ministros do STF. No modelo europeu, a legitimidade de que necessitam para atuarem como verdadeiros “*legisladores negativos*” deriva da “designação pelo Parlamento”¹⁷⁶⁸, algo que ocorre somente de maneira lateral no

¹⁷⁶⁵ CAGGIANO, Monica Herman. Op. Cit., p. 192.

¹⁷⁶⁶ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 83. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁷⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 83.

¹⁷⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 157.

esquema atual¹⁷⁶⁹. Não se trata de circunstância banal, mas antes de um obstáculo “decisivo”¹⁷⁷⁰. Isso porque “a solução *kelseniana* ou *austriaca* de Tribunal Constitucional” implica a instituição de um órgão “situado institucionalmente à margem dos tribunais comuns, democraticamente legitimado e exclusivamente empenhado numa verificação técnica que garantisse a supremacia das normas constitucionais de conteúdo suficientemente determinado”¹⁷⁷¹.

Um dos contratempos decorrentes de uma transição completa de um modelo difuso-concreto para um modelo abstrato-concentrado seria a virtual exoneração dos juízes de 1º grau e dos tribunais locais da tarefa de aferir a compatibilidade da legislação ordinária com a Constituição. Transformar-se-iam as instâncias ordinárias em meros “juízes-porteiros” no que toca às questões constitucionais, pois, em um sistema concentrado puro, “o poder do juiz resume-se, precisamente, ao reconhecimento da sua falta de competência para julgar uma questão de constitucionalidade”. Tudo que lhe cabe, portanto, é enviar a matéria ao escrutínio do Tribunal Constitucional¹⁷⁷².

No mais, não se pode obviar um grave efeito jurídico-político dessa opção. Na medida em que se cassa das instâncias ordinárias a competência para fiscalização da constitucionalidade das leis, está-se, por via indireta, promovendo-se um “voto de desconfiança política no poder judicial”, do qual resulta inegável fragilização pública das instituições¹⁷⁷³.

Para além do abandono da fecunda experiência de fiscalização da constitucionalidade das normas pelos juízes de todo o país, essa sedutora alternativa traria consigo sérias implicações. Sem embargo de solucionar a sua sobrecarga de trabalho,

¹⁷⁶⁹ Lembrando que a indicação a uma cadeira na Suprema Corte brasileira é responsabilidade do Presidente da República, embora sujeita a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 565).

¹⁷⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 176.

¹⁷⁷¹ (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 160). O próprio Reis Novais, contudo, ressalva que a contraposição da forma de designação dos componentes de um Tribunal Constitucional ou de uma Suprema Corte, “está, pura e simplesmente, erroneamente perspectivada”, visto que, em ambos os casos, dá-se uma “nomeação necessariamente política dos juízes constitucionais”, pois a atribuição dos poderes intrínsecos de uma corte formulada em semelhantes “*exige*, em princípio, que lhe seja conferida uma legitimidade democrática indiscutível”, legitimidade esta que “advém principalmente da nomeação dos respectivos membros por um ou mais órgãos políticos democraticamente legitimados” (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 176).

¹⁷⁷² MORAIS, Carlos Blanco de. A insuficiência dos efeitos *inter partes* das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídico portuguesa. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. (coord.). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Almedina: São Paulo, 2012, p. 55. Itálicos do original. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁷⁷³ MORAIS, Carlos Blanco de. **A insuficiência dos efeitos *inter partes* das decisões...**, cit., p. 55. Itálicos do original. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

atribuir-se ao Supremo feições exclusivas de Corte Constitucional deixaria de fora outros casos igualmente relevantes de sua atuação jurisprudencial. De fato, a jurisdição constitucional não se reduz às hipóteses da fiscalização da constitucionalidade das leis, mas, também, ao exercício de outras “atribuições judicantes”, no que poderíamos chamar de “jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade”¹⁷⁷⁴. É o caso, por exemplo, do julgamento de determinadas autoridades por crimes de natureza comum¹⁷⁷⁵. É o caso, também, de conflitos de natureza federativa¹⁷⁷⁶. São hipóteses que, embora não revelem atuação típica nas funções de uma corte constitucional, não deixam de enquadrar-se no “conceito lato de jurisdição constitucional”¹⁷⁷⁷.

Não há de se esquecer, também, que a transição de um modelo concreto de base difusa para um modelo abstrato de natureza concentrada ignoraria a circunstância de que a imensa maioria das inconstitucionalidades praticadas pela Administração Pública ou por sentenças judiciais são “adequadamente resolvidas pelos tribunais comuns, não sendo necessário afluírem ao Tribunal Constitucional”¹⁷⁷⁸. Ressalte-se que grande parte da beleza de um sistema dual de controle de constitucionalidade – simultaneamente concreto e abstrato – deriva da experiência dialética entre a visão das instâncias ordinárias, que enxergam a questão constitucional através do problema do caso concreto, e a visão da Corte Constitucional, despida dessa óptica imediata¹⁷⁷⁹. Fora isso, “embora esta não seja uma regra sem exceções”, o fato é que “o modelo de separação teve mais facilidade em implantar-se em países onde já existia mais do que uma jurisdição (v.g. judiciária e administrativa)”¹⁷⁸⁰. Como o Brasil adota o sistema inglês de unicidade jurisdicional, a transmutação do STF em corte de feição exclusivamente constitucional poderia suscitar transtornos ainda maiores do que aqueles que pretende resolver.

Ademais, convém ressaltar que o Supremo Tribunal Federal desempenha também uma função *política* dentro do organograma institucional brasileiro. Sob essa visão, o monopólio da última palavra em matéria de interpretação constitucional, exercida na sua faceta *Suprema Corte*, não deixa também de apresentar-se como exercício de uma *função de poder*. Ao decidir as matérias que lhe chegam através da fiscalização difusa – com repercussão geral ou não –, o Supremo está, de modo indireto, a reafirmar a sua

¹⁷⁷⁴ Para a expressão, cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 537.

¹⁷⁷⁵ Cf. art. 102, inc. I, alíneas ‘b’ e ‘c’, da Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁷⁶ Cf. art. 102, inc. I, alínea ‘f’, da Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁷⁷ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 83.

¹⁷⁷⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. **A insuficiência dos efeitos *inter partes* das decisões...**, cit., p. 56.

¹⁷⁷⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **A insuficiência dos efeitos *inter partes* das decisões...**, cit., p. 55.

¹⁷⁸⁰ URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**, cit., p. 17.

autoridade sobre os demais juízos do país. Malgrado a restrição de suas competências à fiscalização abstrata de constitucionalidade redundasse na eliminação da avalanche de processos que julga todos os anos, é difícil imaginar que o Tribunal e seus ministros aquiescessem com tamanha perda de poder.

Na verdade, adotar um sistema de tribunal exclusivamente constitucional no Brasil, ou transformar o Supremo numa corte exclusivamente constitucional, nos moldes do sistema europeu continental, implicaria romper com toda uma tradição histórica de estruturação do sistema Judiciário no Brasil e – por que não dizer? – do próprio sistema de repartição funcional do Poder. O Brasil já conviveu com constituições imperiais, já conviveu com quatro poderes simultâneos (os de três de sempre ,mais o Moderador), já experimentou constituições republicanas democráticas, autocráticas ou ditatoriais, mas nunca, em momento algum, soube o que era ter um sistema de fiscalização de constitucionalidade assentado unicamente numa corte a quem competiria, em caráter exclusivo, aferir a compatibilidade de normas infraconstitucionais com a Constituição. Mais se diga que o país tampouco experimentou, mesmo por curto período, um sistema dual de jurisdição, tal qual o modelo francês. Talvez por isso mesmo, embora considere superada a discussão binária entre os modelos europeu e norte-americano, Reis Novais alerta que o sistema a ser adotado deve respeitar “em função das suas especificidades, a tradição cultural e política” de cada país¹⁷⁸¹.

Tudo depõe, pois, contra a idéia de transformar-se o Supremo Tribunal Federal numa corte exclusivamente constitucional.

IV.2.3 A experiência internacional

Nesse contexto, impõe-se destacar que mesmo o modelo continental europeu de jurisdição constitucional não se encontra inteiramente isento de críticas. Os dois exemplos mais próximos relacionados ao modo de processamento das queixas constitucionais – Alemanha e Espanha – exibem taxas de indeferimento liminar extremamente elevadas: na Alemanha, situa-se ao redor dos 95%; na Espanha, entre os 96% e 97%¹⁷⁸². Disso resulta a conclusão de que a adoção de tal modelo seria de duvidosa

¹⁷⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 164-165.

¹⁷⁸² MORAIS, Carlos Blanco de. **A insuficiência dos efeitos *inter partes* das decisões...**, cit., p. 56.

utilidade, visto que, além de consumir em excesso as atenções do Tribunal Constitucional, não estariam claras as vantagens envolvidas nessa troca¹⁷⁸³.

Ademais, a transição entre um sistema de índole marcadamente normativista para um sistema judicialista, no qual o Supremo desempenhasse a função de criador máximo do Direito, implicaria forçosamente algum tipo de alteração na forma de seleção dos ministros da Corte. No sistema de matriz anglo-saxônica, no qual o juiz dispõe de efetivo poder normativo, sua seleção dá-se como regra através de sufrágio popular¹⁷⁸⁴. A instituição de um sistema judicialista no qual aos juízes não socorra semelhante forma de legitimação parece de todo exótica dentro da teoria do Direito Constitucional. Tendo em mente que a eleição de membros do Poder Judiciário não se apresenta como alternativa viável dentro do horizonte constitucional brasileiro – que, a propósito, hoje sofre mesmo com as alternativas já estabelecidas para escolha de membros através de sufrágio universal (vide os *impeachments* de Presidentes da República e as múltiplas ações penais contra uma imensa quantidade de parlamentares) –, resulta no mínimo discutível entender que a população brasileira estivesse preparada para também eleger os responsáveis pela aplicação da lei.

Com efeito, sempre que se procura encontrar novas formas de resolver velhas dificuldades, é importante não descurar o modo com o qual o sistema está estruturado, em respeito ao legislador constituinte originário. No fundo, deve-se sempre privilegiar “retoques de estrutura e fachada”, mas sem ignorar o necessário respeito pela “identidade e traçado original” do sistema¹⁷⁸⁵.

Também não adiantaria nada mudar o esquema para Corte Constitucional se os meios de acesso, isto é, se o sistema recursal através do qual a ela se acede não fosse igualmente alterado. Do contrário, teríamos os mesmos resultados, com alteração meramente cosmética na nomenclatura do Supremo Tribunal Federal. Daí porque a transformação do STF numa pura Corte Constitucional, reservando-lhe somente o julgamento de ações de controle de constitucionalidade abstrato, não se apresenta como a alternativa mais viável, tanto do ponto de vista político quanto do ponto de vista jurídico.

Volta-se, portanto, ao problema-base do sistema de fiscalização concreta de base difusa: tem-se, nessa hipótese, um sistema “muito mais incerto, arrastado,

¹⁷⁸³ MORAIS, Carlos Blanco de. **A insuficiência dos efeitos *inter partes* das decisões...**, cit., p. 56.

¹⁷⁸⁴ No sistema norte-americano, o mais comum é que os juízes sejam eleitos de acordo com o voto popular, mas apenas “ocasionalmente pelo Legislativo” (FARNSWORTH, E. Allan. Op. Cit., p. 34).

¹⁷⁸⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. Reforma e simplificação do processo constitucional em Portugal. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (cordas). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Almedina: Lisboa, 2012, p. 97.

economicamente oneroso, lesivo ao princípio da igualdade e, ainda, perturbador da segurança jurídica do que o controle em processo concentrado”, do qual não resulta, *a priori*, o expurgo da norma inquinada do ordenamento, com força obrigatória geral¹⁷⁸⁶. E o que é pior. Dele resulta uma quantidade avassaladora de processos que desaguam pela via recursal no STF.

Como, então, superar esse obstáculo?

IV.3 Hipóteses de racionalização de processos no STF

Se múltiplas são as variáveis que assoberbam o Supremo Tribunal Federal com uma massa infindável de processos, múltiplas devem ser as alternativas destinadas a solucioná-las. À falta de critério apriorístico que permita determinar a sequência de análise das soluções aventadas, as propostas serão apresentadas em ordem de precedência segundo um parâmetro crescente de complexidade, isto é, conforme seja mais difícil e custosa a necessidade de alteração do padrão vigente.

Por esse critério, serão expostas na sequência: i) a solução para o caso do *habeas corpus* (mudança a nível jurisprudencial); ii) a solução para o mandado de injunção (mudança a nível legal); e iii) a solução para o caso do recurso extraordinário, da súmula vinculante e da reclamação (mudança a nível constitucional).

IV.3.1 A solução para o *habeas corpus*

IV.3.1.1 Interpretação sistemática do texto constitucional

De todas as soluções para as diversas modalidades processuais que assoberbam o Supremo Tribunal Federal com uma quantidade absolutamente incomum de feitos, nenhuma é mais simples do que a alternativa para resolver o problema do *habeas corpus*. No caso específico do *habeas corpus*, não seria necessária qualquer mudança legislativa, quer a nível legal, quer a nível constitucional, para diminuir a carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal. Bastaria ao Supremo fazer algo que às vezes parece muito difícil de executar: obedecer à Constituição.

¹⁷⁸⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. *A insuficiência dos efeitos inter partes das decisões...*, cit., p. 58.

Para solucionar esse aspecto procedimental, seria necessário apenas proceder a uma leitura mais atenta e menos complacente do texto constitucional. Bastaria ao STF compreender que, *caso não se trate de processo originário dos tribunais superiores*, isto é, de processo no qual figure autoridade cujo foro por prerrogativa de função recaia sobre o STJ, *não caberá habeas corpus ao Supremo Tribunal Federal*. Aliás, é a isso que se reconduz o foro especial por prerrogativa de função: somente quando o paciente detiver foro privativo caberá a impetração do remédio constitucional no “órgão de jurisdição privativa” correspondente¹⁷⁸⁷.

Dessa forma, cidadãos comuns e mesmo outras autoridades detentoras de foro privilegiado nos tribunais locais, como prefeitos e vereadores, jamais alcançariam o Supremo através da via do *habeas corpus*. Ele deixaria de ser uma “via de verdadeiro atalho” para a jurisdição constitucional e retomaria sua função original de remédio constitucional das liberdades¹⁷⁸⁸. Seria enfim encerrada a fase daquilo que parte da doutrina passou a designar jocosamente de “HC canguru: aquele que, de liminar em liminar, salta instâncias”, permitindo que se “pule” rapidamente do 1º grau ao STF¹⁷⁸⁹. Só com essa medida, seria possível diminuir enormemente a quantidade de remédios constitucionais de liberdade julgados anualmente pelo STF.

De fato, quando se contempla o conceito de “autoridade coatora”, não há como negar que somente podem enquadrar-se nessa expressão os sujeitos “responsáveis por atos de constrição à liberdade física”. Tratando-se de processo penal, os únicos sujeitos que podem encampar essa condição são os juízes, os membros de tribunais, os delegados de polícia e os integrantes do Ministério Público¹⁷⁹⁰. A esse respeito, o Código de Processo Penal é inequívoco, quando assevera que “a competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição”¹⁷⁹¹. Logo, “quando o ato constritivo ou sua ameaça provier de autoridade judiciária, será do tribunal imediatamente superior a esta”¹⁷⁹².

Como parece evidente, somente quando estes agentes encontrem-se no efetivo exercício da persecução penal contra o agente ficará justificado o manejo do *habeas corpus* ao órgão judicial competente: juiz de 1º grau, quando o coator for delegado

¹⁷⁸⁷ FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Op. Cit., p. 51.

¹⁷⁸⁸ ASSIS, Jefferson Alves; ARAÚJO, Antônio Fábio Medrado. **Dogmática do habeas corpus na Suprema Corte brasileira**. São Paulo: Pillares, 2012, p. 22.

¹⁷⁸⁹ ARAS, Vladimir. Op. Cit.

¹⁷⁹⁰ FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Op. Cit., p. 44.

¹⁷⁹¹ Cf. art. 650, §1º, do Código de Processo Penal.

¹⁷⁹² FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Op. Cit., p. 51.

de polícia; tribunal *ad quem*, quando o coator for juiz de 1º grau; Superior Tribunal de Justiça, quando coator for membro de tribunal local; e Supremo Tribunal Federal, quando a autoridade coatora for ministro do STJ. Trata-se, em suma, de simplesmente respeitar o critério hierárquico estabelecido no próprio texto constitucional, a partir de uma leitura sistemática da Constituição. O *habeas corpus* não pode ser deslocado de sua função original de garante da liberdade de ir e vir para ocupar um lugar central no sistema de controle de constitucionalidade normativo, tornando-se o principal instrumento de fiscalização das leis penais. Qualquer interpretação em sentido contrário representa deturpação manifesta do espírito do instrumento tal como positivado na Carta de 1988.

Argumenta-se, em sentido contrário, que a possibilidade de que o Supremo editar uma súmula vinculante impediria a multiplicação inútil de *habeas corpus* sobre a mesma matéria¹⁷⁹³. O problema desse entendimento resulta na legitimação da corrupção implementada pela impetração sucessiva desse remédio constitucional de liberdade, exacerbando um papel do *habeas corpus* como instrumento de controle de constitucionalidade das normas penais, matéria para a qual, em princípio, ele não foi desenhado. Quando se verifica que, dentre as inúmeras variedades processuais existentes, a única que rivaliza com o recurso extraordinário em matéria de números é o *habeas corpus*, conclui-se que alguma coisa de errado se passa com a jurisdição constitucional brasileira.

Não se trata, portanto – e convém deixar isso devidamente registrado –, de uma interpretação que vulnere o âmbito de cabimento do *habeas corpus* ou mesmo uma posição que represente “flexibilização de garantias fundamentais”¹⁷⁹⁴. Trata-se, tão-somente, de fazer com que a restrição presente na cláusula de foro por prerrogativa de função, quanto ao alcance das autoridades cujo julgamento a Constituição comete ao Supremo, seja efetivamente respeitada.

Além disso, é no mínimo discutível entender o próprio cabimento do *habeas corpus* em casos em que se discute constitucionalidade da lei penal – que conta com a presunção de constitucionalidade em seu favor –, visto que um dos pressupostos para a concessão da medida é que a ilegalidade seja manifesta¹⁷⁹⁵. O próprio Supremo Tribunal Federal, contraditoriamente, já rejeitou em mais de uma oportunidade a utilização

¹⁷⁹³ GONÇALVES, Tadeu Hutler. Op. Cit., p. 96.

¹⁷⁹⁴ ARAS, Vladimir. Op. Cit.

¹⁷⁹⁵ Esse, a propósito, é um dos motivos pelos quais não cabe dilação probatória em *habeas corpus*, devendo o remédio sempre vir acompanhado de prova pré-constituída. Nesse sentido, cf. FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Op. Cit., p. 61.

do *habeas corpus* para discutir a inconstitucionalidade de lei em tese¹⁷⁹⁶. Mesmo assim, a Corte continua a admiti-los e processá-los, contra disposição expressa da Constituição.

A bem da verdade, caso fosse possível salvar o emprego atual do *habeas corpus* com base nessa sistemática, seria necessário antes demonstrar a possibilidade de conciliar o conceito de “ilegalidade manifesta” com o de presunção de legitimidade das leis aprovadas pelo Parlamento. Se de fato a atuação dos agentes da lei com base em norma aprovada pelo Congresso pudesse ser, sob qualquer ângulo que se observe, tida como “constrangimento de liberdade manifestamente ilegal”, seria de perguntar-se a que patamar ficaria reduzido o princípio segundo o qual as leis aprovadas pelo processo legislativo são presumidamente constitucionais. Em todo caso, o ônus argumentativo – com os inquietantes riscos que dele resultam – corre por conta de quem queira afastar essa presunção.

IV.3.1.2 Restrição do rol de autoridades com foro por prerrogativa de função

IV.3.1.2.1 Os excessos do legislador constituinte originário

Para além dessa alteração singela na jurisprudência do Supremo, a dispensar qualquer mudança legislativa, pode-se pensar também na restrição do extenso rol de autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função.

Destaque-se, antes de mais nada, que o foro por prerrogativa de função não constitui exclusividade brasileira, ao contrário do que defende parte da doutrina¹⁷⁹⁷. É possível encontrar disposições de caráter semelhante no Uruguai, Colômbia, Portugal e Espanha, por exemplo¹⁷⁹⁸. O mecanismo, portanto, está longe de representar uma “jabuticaba” nacional¹⁷⁹⁹.

¹⁷⁹⁶ Cf., por exemplo, STF – II Turma. HC nº. 96.425/SP. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 3.3.09, publicada no DJ de 13.8.09; e STF – II Turma. HC nº. 109.101/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 7.2.12, publicada no DJ de 29.5.12.

¹⁷⁹⁷ Nesse sentido, cf. FREIRE, Phablo; e COSTA, Carlos Miller. **Um estudo de caso sobre o foro privilegiado: análise sobre os limites da efetividade do instituto**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17774. Acesso em 12 dez. 2017.

¹⁷⁹⁸ Para as referências, cf. SOUZA, Lúcio Ney de. **Foro privilegiado**. Mossoró: Queima-bucha, 2014, p. 148-154.

¹⁷⁹⁹ Para a crítica à designação do foro por prerrogativa de função como “jabuticaba”, cf. GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Três argumentos para manter o foro por prerrogativa de função**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-04/observatorio-constitucional-tres-argumentos-manter-foro-prerrogativa-funcao>. Acesso em 12 dez. 2017.

Todavia, ao contrário do que se passa em outros ordenamentos, o legislador constituinte foi extremamente generoso com os ocupantes de cargos públicos, ao estabelecer a limitação formal de competência para processamento de causas criminais para uma infinidade de autoridades¹⁸⁰⁰. Como apontou o Ministro Sepúlveda Pertence logo ao amanhecer do novo texto constitucional, “poucos ordenamentos são tão pródigos quanto a vigente Constituição brasileira na outorga da prerrogativa de foro”¹⁸⁰¹. Seria mais lógico e – por que não dizer? – mais justo diminuir a quantidade de agentes do Estado cujos delitos escapam ao alcance dos juízes de primeiro grau. Afinal, a regra é a da igualdade geral perante a lei¹⁸⁰².

IV.3.1.2.2 As justificativas para o foro especial por prerrogativa de função

Deve-se destacar, ainda, que o foro por prerrogativa de função não constitui um mal em si. Na verdade, na maior parte dos casos o privilégio de foro atende a imperativos de ordem lógica. Ninguém pode imaginar, por exemplo, um juiz sendo julgado por outro juiz, ou um desembargador sendo julgado por um juiz. Em um caso de inimizade entre dois togados, chegaríamos no limite à esdrúxula situação de um juiz mandando prender em caráter preventivo um ministro do Supremo Tribunal Federal em pleno exercício do seu mandato. Por isso mesmo, a Constituição determina que juízes só podem ser processados criminalmente pelo respectivo tribunal ao qual estão vinculados. Não se trata, portanto de um “tribunal de exceção”, mas de uma garantia estabelecida “em razão do interesse público geral”¹⁸⁰³.

No caso da prerrogativa de foro de presidente, parlamentares e ministros de Estado, o foro privilegiado atende também a duas circunstâncias de ordem prática. Em primeiro lugar, seria estranho conceber em um parlamentar tendo de viajar a vários estados onde estivesse sendo processado para depor em processos criminais. A prerrogativa de função, nesse caso, funciona como instrumento de “unificação do foro para julgamento de diversas ações ajuizadas”¹⁸⁰⁴. Em segundo lugar, a prerrogativa visa a proteger o cargo, não a pessoa que o ocupa. Nesse sentido, parte-se do pressuposto que um tribunal superior

¹⁸⁰⁰ Segundo levantamento realizado por Benigno Nuñez Novo, o total de pessoas agraciadas com alguma modalidade de foro por prerrogativa de função atinge o impressionante patamar de 55 mil (NOVO, Benigno Nuñez. **O exagero do foro privilegiado no Brasil**. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=4367>). Acesso em 12 dez. 2017.

¹⁸⁰¹ Cf. voto do Ministro Sepúlveda Pertence na AP nº. 315/DF.

¹⁸⁰² Nesse sentido, cf. GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Op. Cit.

¹⁸⁰³ SANTOS, Eduardo Rodrigues. Op. Cit., p. 176.

¹⁸⁰⁴ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Op. Cit.

é menos inclinado a paixões políticas do que juízes e tribunais locais, nos quais o paroquialismo por vezes se sobrepõe à razão jurídica. Reduz-se, pois, “o risco de manipulações e perseguições políticas”¹⁸⁰⁵.

Todavia, mesmo sendo certo que o foro por prerrogativa de função, antes de revelar-se um privilégio, no fundo constitui um imperativo de ordem estrutural do sistema de persecução penal do Estado, não se pode imaginar que a mais alta corte de justiça do país ocupe-se com o processamento penal da assustadora quantidade de autoridades previstas pela Constituição. E, considerando a quadra política experimentada pelo Brasil nos últimos anos, essa impropriedade cometida pelo legislador constituinte originário tornou-se ainda mais evidente¹⁸⁰⁶.

IV.3.1.2.3 A necessidade de restrição do rol

De constitutione ferenda, é possível imaginar uma reforma do texto constitucional segundo a qual ficariam reservados à jurisdição penal do Supremo Tribunal Federal apenas o Presidente da República, seu vice, os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Procurador-Geral da República e os ministros de tribunais superiores. Não há razão, por exemplo, para manter todos os 594 parlamentares (513 deputados e 81 senadores) com foro por prerrogativa de função no Supremo, quando seu julgamento pode perfeitamente ser transferido ao Superior Tribunal de Justiça. Resguardadas estariam a dignidade do parlamentar, em especial no que toca à proteção contra eventual paroquialismo dos tribunais locais e ao próprio exercício do mandato, sem qualquer prejuízo para a persecução penal. Os únicos parlamentares cuja condição justificaria a permanência do foro por prerrogativa de função em matéria penal no Supremo Tribunal Federal seriam os chefes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, vez que compõem a linha de sucessão presidencial¹⁸⁰⁷.

O mesmo raciocínio aplica-se aos ministros de Estado, mormente quanto ao caráter fugaz do mandato que exercem, visto que são demissíveis *ad nutum* pelo Presidente da República, ao passo que os deputados conservam sua qualidade de

¹⁸⁰⁵ TAVARES FILHO, Newton. **Foro privilegiado: pontos positivos e negativos**. Disponível em http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2016_10290_foro-privilegiado-pontos-positivos-e-negativos. Acesso em 12 dez. 2017, p. 14.

¹⁸⁰⁶ Basta recordar que, no julgamento da Ação Penal nº. 470 (Mensalão), o julgamento da causa levou nada menos do que quatro meses e meio e cinquenta e três sessões do STF para que fosse apreciada pelo plenário. Por conta disso, o Supremo reduziu-se a uma Corte de “processo único” por quase seis meses, com inegáveis prejuízos para o exercício das demais funções jurisdicionais do Tribunal.

¹⁸⁰⁷ Nesse sentido, cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 537.

parlamentares por quatro anos, enquanto os senadores mantêm seu *status* por quase uma década (oito anos).

Tampouco faz sentido manter-se no Supremo o julgamento dos comandantes militares. Resquício do período autoritário que precedeu a promulgação da Carta de 1988, os chefes das três forças – Exército, Marinha e Aeronáutica – possuíam *status* de ministros. Embora tenham perdido tal *status* com a aprovação da EC nº. 23/99, responsável pela criação do Ministério da Defesa, manteve-se um arranjo segundo o qual, embora desprovidos da condição ministerial, os comandantes militares continuariam a ser julgados pelo Supremo Tribunal Federal¹⁸⁰⁸. Hoje, com as franquias democráticas plenamente restabelecidas e com os militares, felizmente, dentro dos quartéis, não faz mais qualquer sentido outorgar-lhes tal prerrogativa. Muito mais sensato seria remetê-los a julgamento pelos juízes de 1º grau, tal qual qualquer outro cidadão¹⁸⁰⁹.

Mesmo destino merecem os chefes de missão diplomática e os ministros do TCU. No primeiro caso, a prerrogativa constitui quase um privilégio de caráter histórico, dada a dignidade ordinariamente conferida à função diplomática, mas sem qualquer justificativa teórica que fundamentasse a necessidade de restringir o julgamento de suas ações penais ao STF¹⁸¹⁰. Quanto aos ministros do TCU, trata-se de órgão auxiliar do Poder Legislativo, que sequer exerce funções judiciais típicas, mas de mero controle contábil, sendo de duvidosa exatidão a analogia que pretenda equiparar-lhes a ministro de tribunais superiores. Apesar de a Constituição expressamente estender aos ministros do TCU “as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça”¹⁸¹¹, não há razão para garantir a “ministros” que sequer exercem função jurisdicional o mesmo foro por prerrogativa de função outorgado aos ministros dos tribunais superiores (STJ, TST e STM). A rigor, a justificativa para tal equiparação é meramente burocrática (para fins de vencimentos), não havendo razão plausível para que disponham do direito de serem julgados na seara criminal somente pelo STF. Ademais, como essa cláusula não foi posta à margem do poder conferido ao legislador constituinte derivado, trata-se de disposição constitucional passível de reforma.

¹⁸⁰⁸ Cf. art. 102, inc. I, alínea ‘c’, da Constituição Federal de 1988.

¹⁸⁰⁹ (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 537). É curioso também reparar que, embora listados dentre as autoridades cujo foro por prerrogativa de função recai sobre o STF em matéria penal, o mesmo não ocorre com os mandados de segurança e os *habeas corpus* impetrados contra os atos dos comandantes militares, cuja competência é imputada ao Superior Tribunal de Justiça (cf. art. 105, inc. I, alínea ‘b’, da Constituição Federal de 1988). Nesse sentido, cf. SOUZA, Lúcio Ney de. Op. Cit., p. 138.

¹⁸¹⁰ SOUZA, Lúcio Ney de. Op. Cit., p. 137.

¹⁸¹¹ Cf. art. 73, §3º, da Constituição Federal de 1988.

Com essas alterações, o rol de pessoas detentoras de foro por prerrogativa de função seria reduzido drasticamente dos atuais 862¹⁸¹² para apenas 79, menos de 10% da quantidade atual. Somando a essa proposição legislativa a alteração da orientação jurisprudencial quanto ao cabimento “escalar” dos HCs, não seria de todo estranho imaginar que a quantidade atual de *habeas corpus* julgados anualmente no Supremo Tribunal Federal, hoje superior a 5.000¹⁸¹³, caísse para níveis mais condizentes com a dignidade que se exige de uma corte com feições constitucionais.

E nem se venha alegar que tal entendimento configuraria restrição indevida ao nobre instrumento do *habeas corpus*. Ao fim e ao cabo, o que se pretende é apenas colocar ordem na possibilidade de impetração do remédio constitucional das liberdades, visto que nenhuma corte constitucional do planeta possui competência tão ampla para processamento de quaisquer ilegalidades cometidas pelos cidadãos. Afinal, parece claro que “os tribunais superiores não têm vocação criminal”¹⁸¹⁴. Como órgãos colegiados “distantes do delito”, é natural que as Cortes demonstrem “pouca agilidade e decidam com lentidão” as causas penais originárias¹⁸¹⁵. Ao sujeito cerceado de modo indevido em seu direito de ir e vir, continuará assistindo o direito de impetrar *habeas corpus*. Só que, ao invés de alcançar o STF através de impetrações sucessivas, ficará ele agora restrito aos recursos previstos na legislação penal, com eventual possibilidade de ajuizamento – como se verá adiante – da ação rescisória constitucional em caso de violação direta ao texto constitucional.

IV.3.4 A solução para o mandado de injunção: o advento da Lei nº. 13.300/16 e a necessidade de ajustes da nova legislação

Como se viu anteriormente, vigora na atualidade verdadeira balbúrdia processual quanto aos efeitos emanados da decisão proferida pelo Supremo Tribunal

¹⁸¹² A soma inclui, além do Presidente, seu vice, o Procurador-Geral da República, 594 parlamentares (513 deputados e 81 senadores), aproximadamente 30 Ministros de Estado, 3 comandantes militares, 138 chefes de missão diplomática, 9 ministros do TCU, 33 ministros do STJ, 27 ministros do TST, 14 ministros do STM, além, é claro, dos 11 ministros do próprio STF.

¹⁸¹³ Os números indicam o julgamento de 5.430 *habeas corpus* no STF somente no ano de 2014. Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasseAnosAnteriores>

¹⁸¹⁴ SOUZA, Lúcio Ney de. Op. Cit., p. 284. Apenas a título de ilustração, a rumorosa “Operação Lava-Jato” resultou em mais de 144 condenados no âmbito das justiças federais do Paraná e do Rio de Janeiro. No STF, nenhum detentor de foro privilegiado foi sequer julgado até o momento. Os dados são do site “Congresso em Foco”. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/lava-jato-ja-condenou-mais-de-140-pessoas-supremo-nao-julgou-ninguem/>.

¹⁸¹⁵ TAVARES FILHO, Newton. Op. Cit., p. 19-20.

Federal em sede de mandado de injunção. Já se transitou de uma perspectiva puramente constitutiva – segundo a qual do mandado de injunção decorreriam os mesmos efeitos atribuídos à Adin por omissão – ao seu exato oposto, atribuindo ao Supremo competência para suprir, com eficácia *erga omnes*, a omissão inconstitucional do legislador. Isso, óbvio, não sem que o STF antes vacilasse entre soluções intermediárias, como produzir norma temporária com eficácia concreta, limitados os efeitos às partes do processo, assim como permitir o ajuizamento imediato de ações indenizatórias nos graus iniciais de jurisdição.

Já defendemos em oportunidade anterior que o mandado de injunção não se sujeita aos mesmos riscos dos processos ordinários. Em outras palavras, isso significa dizer que o Supremo não corre o risco de inviabilizar-se pela inexistência de uma decisão com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante no âmbito do mandado de injunção. Desde sempre, a quantidade de ajuizamentos de mandado de injunção nunca chegou a constituir grande obstáculo ao bom funcionamento do Supremo Tribunal Federal, demérito restrito à hedionda proliferação de recursos extraordinários¹⁸¹⁶.

Todavia, há vozes relevantes a arguir, em sentido contrário, que a restrição dos efeitos da decisão do mandado de injunção unicamente às partes do processo funcionaria como convite para que milhares de outros mais fossem ajuizados¹⁸¹⁷. Embora não exista evidência empírica dessa possibilidade, há de se reconhecer pelo menos a potencial multiplicação de ações individuais a questionar a inexistência de norma legal a regular determinado direito fundamental.

Para solucionar essa matéria, o legislador ordinário resolveu enfim conferir ao mandado de injunção um instrumental processual próprio. Depois de longos seis anos de tramitação, enfim o Projeto de Lei nº. 6.128/2009 converteu-se na Lei nº. 13.300/16.

IV.3.4.1 A oportunidade da regulamentação

A crítica mais evidente ao mandado de injunção e ao caos jurisprudencial quanto aos efeitos que adviriam de sua decisão resultava da falta de legislação própria da matéria. Como se viu algures, o Supremo Tribunal Federal contorceu-se para salvar o

¹⁸¹⁶ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 279.

¹⁸¹⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 149.

instrumento da “tetraplegia”¹⁸¹⁸. Com o auxílio providencial do STF, o instrumento sobreviveu processualmente em nosso ordenamento de forma capenga, dependendo da utilização por analogia das regras previstas para o mandado de segurança, que com ele guarda uma única semelhança: a nomenclatura. Assim é que, ao contrário da Adin por omissão, bem regulamentada a nível processual – ainda que com alguns equívocos conceituais –, o mandado de injunção reclamava um procedimento próprio, a fim de infirmar suas duas principais controvérsias: a amplitude do objeto da fiscalização e os efeitos de sua decisão¹⁸¹⁹.

Durante muito tempo, a regulamentação processual do mandado de injunção foi objeto de vários projetos de lei no Congresso Nacional. Sem que os projetos caminhassem de forma regular, as iniciativas foram então condensadas numa única proposição legislativa: o Projeto de Lei nº. 6.128/2009.

Proposta pelo então deputado federal maranhense Flávio Dino (hoje governador do Estado), o anteprojeto destinava-se a regulamentar o mandado de injunção em seu aspecto processual, dando-lhe vida e conformação próprias. Tal proposição legislativa foi gestada no âmbito do “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo”. Capitaneado pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, o II Pacto Republicano contou com a participação de membros e autoridades de vários escalões da República, unidos no propósito de conferir mais eficácia à justiça constitucional brasileira¹⁸²⁰.

Houve quem reclamasse que o anteprojeto legislativo não trazia “nenhuma novidade à prática já conhecida do mandado de injunção, ao menos em face da jurisprudência mais recente do Supremo”¹⁸²¹. Houve até mesmo quem acusasse o anteprojeto de trazer o risco potencial ao introduzir “filigranas e detalhes processuais” supostamente desnecessários, o que dificultaria ainda mais a correta utilização do instrumento¹⁸²². Prevalece, todavia, o aplauso à iniciativa¹⁸²³.

¹⁸¹⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 335.

¹⁸¹⁹ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 269.

¹⁸²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Mandado de injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

¹⁸²¹ AMARAL JUNIOR, José Levi do. Op. Cit., p. 157.

¹⁸²² KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Op. Cit., p. 326.

¹⁸²³ Para o aplauso, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 335.

De fato, os grandes problemas a rondar o mandado de injunção derivam precisamente da ausência quase absoluta de definição, a nível legal, de sua estruturação como mecanismo de superação das omissões legislativas. Tal é a desordem que viceja hoje em dia que o instrumento acabou por subverter por completo a sistemática da fiscalização das inconstitucionalidades por omissão, assumindo papel mais proeminente do que a própria Adin por omissão. Assim é que chegamos numa situação na qual, de um instrumento de legitimação ampla (mandado de injunção), alcança-se um resultado muito mais expressivo do que um instrumento de legitimação restrita (Adin por omissão)¹⁸²⁴. Com a viragem jurisprudencial produzida pelo Supremo, o mandado de injunção passou, curiosamente, a desempenhar a função que a Adin por omissão jamais se revelou apta a cumprir: integrar os vácuos legislativos inconstitucionais¹⁸²⁵.

Nesse sentido, a aprovação da Lei nº. 13.300/16 veio em boa hora, pois finalmente confere à ação constitucional do mandado de injunção uma perspectiva processual particular, sem necessidade de recorrer a controversas analogias com instrumentos processuais que sequer lhe são próximos, como o mandado de segurança.

IV.3.4.2 As necessidades de ajuste da nova legislação

Em que pese o preenchimento de um vácuo normativo que perdurava desde a promulgação da Carta de 1988, a nova Lei nº. 13.300/16 não veio ao mundo isenta de inconsistências. Tendo mantido intocados todos os termos do precedente Projeto de Lei nº. 6.128/2009, manteve-se basicamente a estrutura procedimental já vigente para o mandado de injunção. Com rito sumário, o instrumento pouco difere do seu congênere mandado de segurança¹⁸²⁶. Dessa forma, a nova legislação do mandado de injunção perdeu a oportunidade de resolver vários de seus dilemas. Pior. Em muitos casos, até aumentou a confusão que já havia quanto à correta utilização do instrumento.

IV.3.4.2.1 A questão da competência

¹⁸²⁴ Para a crítica, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 185-188.

¹⁸²⁵ HAGE, Jorge. O PL que regulamenta o mandado de injunção: uma iniciativa mais que oportuna. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147.

¹⁸²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 97.

A primeira contrariedade que salta aos olhos quando se analisa a nova Lei do Mandado de Injunção diz respeito ao seu silêncio quanto a uma das questões mais sensíveis relacionadas a esse instrumento: a competência para processamento do remédio constitucional. Esse mutismo que o legislador dispensou à questão da competência abre um vácuo que torna ainda mais difícil a regular utilização desse mecanismo processual.

Com efeito, a questão da competência é particularmente grave na questão da definição do tribunal superior responsável por julgá-la. Desde o advento da Constituição, a indefinição acerca do órgão judicial competente para processar o mandado de injunção foi alvo de censura e críticas¹⁸²⁷. Como a questão encontra-se tão mal estruturada no texto constitucional, seria de se esperar que o legislador ordinário resolvesse definitivamente o imbróglio.

Ledo engano.

Não havia em parte alguma do anteprojeto normas dispondo sobre a competência para processamento do mandado de injunção, ou seja, a determinar qual órgão judicante será responsável pelo julgamento do *writ*. Tal omissão passou incólume pelo Congresso Nacional e assim foi sancionada pelo Presidente da República. Sobre a questão da competência, portanto, tudo que há é um sepulcral silêncio.

Se a norma é federal, em princípio caberia ao Supremo processar o mandado de injunção, visto que a omissão teria base constitucional. Afinal, o único órgão judicial apto a solver omissões inconstitucionais *in concreto* é o STF¹⁸²⁸. Mas não seria de todo esdrúxulo pensar em suprimimento da omissão através do STJ, presente a sua competência como instância máxima de apreciação da legislação federal. Pior ainda nos casos em que haja matéria trabalhista ou eleitoral em julgamento. Em ambas as hipóteses, a norma é federal. Além da divergência entre STF e STJ, haveria também a competência potencial do TST. Pelas mesmas razões, haveria potencial conflito de competência com o TSE, caso a omissão tratada seja de norma relativa ao processo eleitoral. Em nenhum desses casos, a Lei nº. 13.300/16 estabelece com segurança qual será o órgão judicial competente para processar a injunção.

¹⁸²⁷ Para crítica, cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 168.

¹⁸²⁸ Nesse sentido, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de. **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 87.

Argumenta-se, em sentido contrário, que a própria Constituição já delinea, genericamente, as regras de competência do mandado de injunção¹⁸²⁹. Essa posição, contudo, deve ser vista com reservas. Na verdade, a Constituição apenas dispõe em linhas muito gerais a competência de cada um dos tribunais superiores em matéria de mandado de injunção. Fora isso, o próprio texto constitucional vai além do STF e do STJ e permite a utilização do instrumento por outros tribunais superiores e pelos “órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal e dos Tribunais Regionais Eleitorais”¹⁸³⁰.

Argumenta-se, ainda, que o vácuo legislativo somente suscitaria dúvidas no que toca à competência residual da justiça comum estadual¹⁸³¹. O argumento, contudo, não se sustenta. Se é verdade ser indiscutível a sua competência no caso de vazios normativos decorrentes das constituições estaduais ou mesmo da legislação municipal, há certa controvérsia quanto à sua competência no caso de leis federais. Nesse diapasão, é no mínimo duvidoso entender que a aplicação “por simetria” da Constituição resolveria a situação a contento¹⁸³². Sob esse prisma, a nova legislação perdeu uma oportunidade preciosa de encerrar a controvérsia e determinar desde logo a competência para processamento do mandado de injunção.

A rigor, a única certeza que se pode afirmar é que a competência para conhecimento do mandado de injunção insere-se dentre aquelas de competência originária dos tribunais. Embora o projeto de lei não exclua textualmente essa possibilidade, a própria linguagem utilizada pelo legislador induz à incompetência dos juízos de primeiro grau em processar mandados de injunção¹⁸³³.

Na realidade, a competência para julgamento do mandado de injunção deveria obedecer a dois critérios: primeiro, *ratione materiae*, para que se saiba que tipo de norma se quer produzir; segundo, *ratione personae*, pois, uma vez definida a natureza da norma, deve-se saber qual o órgão judicial competente para apreciar sua omissão legislativa¹⁸³⁴. Desse modo, nos vácuos legislativos imputados ao Congresso Nacional ou –

¹⁸²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 99-100. Para a crítica à omissão da definição das competências para julgamento do mandado de injunção, cf. ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 110. No mesmo sentido, cf. HAGE, Jorge. Op. Cit., p. 150.

¹⁸³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 99-100.

¹⁸³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 68-69.

¹⁸³² ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 99-100.

¹⁸³³ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 100.

¹⁸³⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Mandado de injunção: suas finalidades, efeitos da decisão concessiva e coisa julgada, partes e procedimento. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 421.

nos casos de iniciativa exclusiva – ao Presidente da República, o julgamento do mandado de injunção deve caber ao STF. Se, todavia, as normas em questão disserem respeito a matéria trabalhista (TST), eleitoral (TSE) ou militar (STM), o órgão encarregado pelo processamento da matéria deve ser o tribunal superior a quem a Constituição outorga a competência de determinar a última palavra na matéria. Essa parece ser a solução mais consentânea a nível sistêmico.

IV.3.4.2.2 Cabimento de medida liminar

Outra omissão flagrante do legislador ordinário na regulamentação do mandado de injunção revela-se na ausência de menção ao cabimento ou não de medida liminar no instituto. À primeira vista, o silêncio quanto à possibilidade de concessão de liminar indicaria a negativa de acolhimento da pretensão pelo legislador. Todavia, o mesmo diploma legal remete a solução para suas lacunas às regras previstas para o mandado de segurança, no qual a concessão de medida liminar não somente é possível, como também é a regra¹⁸³⁵. Fora isso, há também a indicação da aplicação analógica das normas do Código de Processo Civil, no qual subsistem as liminares acautelatórias e as liminares de caráter satisfativo. Com a lacuna da lei, fica a dúvida não somente quanto ao cabimento de qualquer medida de urgência, mas também quanto ao tipo de liminar que seria possível extrair do mandado de injunção (cautelar ou antecipatória)¹⁸³⁶.

Há quem diga que essa omissão foi proposital, uma vez que o entendimento do Supremo Tribunal Federal inclina-se no sentido de negar a possibilidade de concessão de medida cautelar ou antecipatória em sede de processo injuncional¹⁸³⁷. Todavia, parece claro que seria preferível que o legislador optasse expressamente por uma ou outra corrente, não deixando essa lacuna para que, em eventual novo surto ativista, venha novamente o Supremo a querer preenchê-la para dizer ser possível sua concessão.

A rigor, as particularidades da via injuncional recomendariam sem demora a definição expressa quanto à possibilidade ou à negativa de cabimento de medida liminar. Considerando que a problemática quanto aos efeitos da decisão não foi definitivamente solucionada pela nova legislação, não seria de todo absurdo imaginar

¹⁸³⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis. Op. Cit., p. 214.

¹⁸³⁶ ASSIS, Arnaldo Camanho de. Liminares no Mandado de Injunção. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 499.

¹⁸³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 99.

ministros do Supremo concedendo, em casos símiles, liminares com efeitos diferentes. Poderá haver casos em que será somente deferida a medida de urgência para notificar o ente omissor a preencher o vácuo legislativo, como também poderão existir hipóteses nas quais o STF aventure-se a, desde logo, regular o direito carente de normatização, quiçá atribuindo-lhe eficácia *erga omnes*¹⁸³⁸. Essa perspectiva ganha contornos ainda mais dramáticos quando se considera que o Supremo Tribunal Federal costuma operar numa lógica insular: cada ministro decide do jeito que lhe convém, sem observar em muitos casos os julgamentos colegiados¹⁸³⁹. À falta de definição a nível legal, tudo o que resta é a especulação.

Do ponto de vista estritamente dogmático, a regra seria admitir, no silêncio da lei, a possibilidade de concessão de liminar, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que permite a tutela em caso de lesão ou “ameaça a direito”. Tal possibilidade, aliás, já é insinuada por um dos autores do anteprojeto, que prevê a hipótese de concessão da medida que quando se fizer “indispensável”, através da aplicação subsidiária da lei do mandado de segurança¹⁸⁴⁰.

Entretanto, levando em consideração particularmente os contornos aqui defendidos para a decisão de mérito do mecanismo, o ideal seria que o legislador tivesse vetado expressamente a possibilidade de concessão de medida liminar em mandado de injunção. Em verdade, a exceção que o legislador constituinte originário criou para atuação legiferante do Supremo Tribunal Federal pela via injuncional deve ser restrita às partes do processo. E, como a exceção merece interpretação estrita, qualquer providência do Supremo nessa seara deve ser acompanhada de manifestação do seu plenário, jamais da atuação isolada de um ministro da Corte.

IV.3.4.2.3 Mandado de injunção para omissões parciais?

Outro problema evidente da nova regulamentação do mandado de injunção decorre da possibilidade de manejo desse mecanismo processual para sindicatar tanto as omissões legislativas totais como as omissões relativas parciais¹⁸⁴¹. Neste caso, o

¹⁸³⁸ ASSIS, Arnaldo Camanho de. Op. Cit., p. 500.

¹⁸³⁹ É exatamente por essa circunstância que não é raro – aliás, é bem comum – ver-se casos de ministros comporem maioria para decidir em determinado sentido, mas, quando se observa o teor de seus votos, encontram-se argumentos discrepantes e até mesmo frontalmente incompatíveis (BERTÃO, Rafael Calheiros. Op. Cit., p. 359).

¹⁸⁴⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 99.

¹⁸⁴¹ ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 113.

erro do legislador reproduz equívoco anterior ao ser normatizada a Adin por omissão, quando também na legislação correspondente pretendeu-se englobar como objeto de sindicância dessa ação de controle abstrato as omissões parciais¹⁸⁴². Ignora-se, em ambas as hipóteses, a distinção pacífica a nível doutrinário segundo a qual as omissões legislativas propriamente ditas são somente as totais, ao passo que as parciais reconduzem-se a inconstitucionalidades por ação, solucionáveis a partir da prolação de uma sentença intermédia de carácter aditivo¹⁸⁴³.

Como se sabe, as omissões absolutas totais revelam-se presentes “sempre que o órgão legislativo se furte integralmente ao cumprimento do seu dever de legislar imposto pela Constituição, não produzindo qualquer acto legislativo”¹⁸⁴⁴. Por outro lado, as omissões absolutas serão parciais quando “o decisor legislativo *apenas cumprir com uma parcela ou segmento do seu dever de legislar*, nos termos fixados por uma norma constitucional não exequível por si própria, abstendo-se de dar cumprimento integral ao mesmo dever ou encargo ao deixar parcelas por regular”¹⁸⁴⁵. No caso das omissões parciais ou relativas, portanto, o papel do Judiciário é de coadjuvar o legislador, na medida em que reestabelece o respeito pela isonomia quebrada a partir de uma distinção inconstitucional efetuada pelo Legislativo. Sob essa óptica, a situação difere radicalmente do caso da omissão absoluta, no qual não há norma nenhuma¹⁸⁴⁶.

Do ponto de vista doutrinário, nunca houve grandes dúvidas de que os mandados de injunção destinavam-se a sindicatizar omissões absolutas¹⁸⁴⁷. Isso porque a integração de uma omissão legislativa total revela atividade materialmente legislativa, afeta, portanto, ao órgão legislativo competente, não ao Judiciário¹⁸⁴⁸. Afinal, “a omissão legislativa total ou absoluta é uma omissão *de lei*, e não *na lei*, como o é a relativa ou parcial”¹⁸⁴⁹.

De fato, desde há muito pacificou-se o entendimento segundo o qual “as *omissões relativas* decorrem, em regra, de leis ordinárias violadoras do *princípio da igualdade* (ou do princípio da universalidade)”. Quando o legislador beneficia determinada

¹⁸⁴² Para a lembrança, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 358.

¹⁸⁴³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t.2, cit., p. 261-265.

¹⁸⁴⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 353. Itálico do original.

¹⁸⁴⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 353. Itálico do original.

¹⁸⁴⁶ ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 114.

¹⁸⁴⁷ Sobre o tema, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 175.

¹⁸⁴⁸ ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 114.

¹⁸⁴⁹ ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 114. Grifo do original.

categoria de sujeitos e rejeita a extensão do benefício a parcela da sociedade que se encontra em situação idêntica ou análoga à da categoria beneficiada, há aí uma “falha parcial qualitativa na regulação que não se reduz a uma simples lacuna técnica, mas antes se define como uma lacuna axiológica”. Se não houver justificativa razoável para a discriminação, a regulamentação deficiente promovida pelo legislador equivale a uma *ação de exclusão* daqueles que não foram beneficiados, providência que se revela incompatível com “o princípio constitucional da isonomia”¹⁸⁵⁰.

O problema de transformar-se o mandado de injunção em instrumento de sindicância de omissões parciais resulta na potencial transformação do Supremo Tribunal Federal em um “auxiliar do legislador”. Nessa perspectiva, ao invés de censurar sua atividade quando seja contrária ao texto constitucional, o Tribunal assume uma função de “paraleislador vicariante do legislador ordinário”. Aliás, parece ser defeso ao STF branquear ou exculpar o legislador dos equívocos em que incorre, para, a pretexto de interpretar a sua vontade presumida, transformar-se numa “nova versão do Rei Midas, corrigindo os seus vícios e transformando-os em ouro”¹⁸⁵¹.

Do ponto de vista lógico-jurídico, melhor seria restringir o mandado de injunção aos casos de omissões totais absolutas e rejeitar a possibilidade de manejo dessa ação constitucional para os casos de omissões parciais ou relativas, para as quais a aplicação da técnica das sentenças aditivas responderia satisfatoriamente, sem maiores prejuízos ao esquema de tripartição arquitetado pelo constituinte de 1988. Do contrário, o ativismo judicial promovido através do mandado de injunção tende a sobrepor ainda mais o papel do Supremo Tribunal Federal frente ao Congresso Nacional, em desabono do princípio da separação harmoniosa dos poderes estatuído pelo constituinte de 1988.

IV.3.4.2.4 Os efeitos da decisão no mandado de injunção

Conforme se viu anteriormente, a maior controvérsia relacionada ao mandado de injunção diz respeito aos efeitos exarados pela decisão nele proferida. Saindo de uma posição autocontida, o Supremo transitou em duas décadas por praticamente todas as vertentes teóricas relativas ao assunto, até desembocar finalmente numa posição

¹⁸⁵⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 354. Grifos do original. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador. Para a crítica às omissões parciais como objeto da Adin por omissão, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 269-276.

¹⁸⁵¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 365. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

concretista geral, espelhada no julgamento do direito de greve dos servidores públicos. A regulamentação legal do instrumento seria então a grande oportunidade para que o legislador pusesse, enfim, termo à celeuma e definisse qual era propriamente a eficácia do mandado de injunção julgado pelo Supremo Tribunal Federal. A ocasião, contudo, parece ter sido perdida.

Com efeito, a nova Lei nº. 13.300/16 estabelece, em princípio, duas possibilidades para o resultado do julgamento do mandado de injunção. Na primeira delas, afirma-se que o Tribunal fixará “prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora”¹⁸⁵². Na segunda, abre-se a alternativa de que o Tribunal estabeleça “as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”¹⁸⁵³. No fundo, a remissão a “estabelecer condições” remete única e exclusivamente ao próprio texto constitucional, no qual essa fórmula aparece, sem que se saiba exatamente qual foi a pretensão do legislador ordinário nesse sentido¹⁸⁵⁴.

Do lado de quem advoga o *self restraint* do STF na matéria, a solução de notificação do legislador parece ser a “mais consentânea com a natureza mandamental do instituto, tal como ele resulta da letra da Constituição”¹⁸⁵⁵. De outra banda, há aqueles que sustentam que o mandado de injunção não tem por escopo somente constituir em mora o legislador, provocando-o a agir, mas, sim, “ir mais além, para também garantir o exercício (e, às vezes, até a própria satisfação) dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados”¹⁸⁵⁶. Nessa linha, a atuação do Supremo não deveria ser compreendida como uma atuação legiferante, mas, sim, como uma atividade “de regulamentação, e regulamentação para o caso concreto”¹⁸⁵⁷. Todavia, a lei regulamentadora parece não ter tomado partido por nenhum dos lados.

Em verdade, a mera referência à possibilidade de que o Tribunal simplesmente se limite a estabelecer um prazo razoável para edição da norma parece conflitar com a autorização para que supra o vácuo legislativo¹⁸⁵⁸. A rigor, “os preceitos foram redigidos com termos fluidos e com escassos pressupostos materiais ligados a cada

¹⁸⁵² ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 115.

¹⁸⁵³ Cf. art. 8º, incs. I e II, da Lei nº. 13.300/16.

¹⁸⁵⁴ ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 115.

¹⁸⁵⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 375.

¹⁸⁵⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 97.

¹⁸⁵⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Op. Cit., p. 416-417.

¹⁸⁵⁸ ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 111.

uma das soluções” o que autoriza o Supremo a exercer a “faculdade de optar, com larga discricionariedade, por uma ou por outra”¹⁸⁵⁹. Foi o que sucedeu, por exemplo, no caso do direito de greve dos servidores públicos, quando o STF estabeleceu *sponte sua* as condições de exercício dos direitos, liberdades e garantias não regulamentados pelo legislador sem se prender a qualquer parâmetro legislativo anterior¹⁸⁶⁰. Essa alternativa devolve os operadores do Direito à posição atual, na qual não se sabe quando e como o STF vai decidir que tipo de efeitos atribuirá à sua decisão injuncional. Na prática, essa permissão perpetua um estado de coisas que o anteprojeto visava, ao menos em tese, a extinguir.

A verdade – é triste reconhecer – é que o legislador perdeu uma excelente oportunidade para efetuar uma operação de *ponderação legislativa* entre a força normativa da Constituição e os estados de inconstitucionalidade por omissão resultantes das normas ainda não regulamentadas pelo legislador. Independentemente da irradiação de efeitos ínsita ao texto constitucional, não se pode pretender das normas constitucionais de eficácia limitada uma “injuntividade de seus preceitos”, de maneira que o Judiciário possa outorgar direitos mesmo quando se sabe que não concorrem “condições materiais para a sua concretização plena”¹⁸⁶¹.

Em resumo, a nova lei regulamentadora do mandado de injunção apenas sintetiza e organiza a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal a respeito do mandado de injunção. Não por acaso, houve na doutrina quem advogasse que a melhor alternativa seria a rejeição do anteprojeto pelo Congresso Nacional. Isso porque o Parlamento estaria chancelando o traslado de sua função nuclear típica ao STF, que a exerceria por meio do mandado de injunção, o que o transformaria numa espécie de “medida provisória do Poder Judiciário”. Pior. Ainda haveria duas circunstâncias agravantes: i) a medida nada teria de provisória, tendo em vista a inexistência de prazo constitucional a determinar sua revogação; e ii) ao contrário da medida provisória editada pelo Executivo, a atividade legiferante do Supremo não se submeteria à chancela do Congresso, deixando-o livre para preencher o vácuo legislativo como bem entendesse¹⁸⁶².

¹⁸⁵⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 374.

¹⁸⁶⁰ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Op. Cit., p. 289.

¹⁸⁶¹ STURZENEGGER, Ricardo Luiz Blundi. Op. Cit., p. 54.

¹⁸⁶² AMARAL JÚNIOR, José Levi do. Op. Cit., p. 154-158. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

IV.3.4.2.5 A modulação subjetiva dos efeitos da decisão

IV.3.4.2.5.1 O problema do art. 9º da Lei nº. 13.300/16

Mas essa não foi a pior controvérsia do anteprojeto convertido na Lei nº. 13.300/16. O principal problema diz respeito àquilo que se poderia denominar de *modulação subjetiva dos efeitos da decisão*. Trata-se, sem dúvida, do ponto mais controverso da nova lei¹⁸⁶³.

Diante do conflito entre inefetividade do mandado de injunção e a garantia do processo democrático, a doutrina já se desdobrou em várias alternativas para solucionar a questão. Uma delas foi a sugestão de que a norma editada pelo Supremo tivesse eficácia limitada no tempo. Mais que isso. Tal norma só passaria a ter validade a partir de um ano da publicação da decisão, período no qual seria possível ao legislador suprir o vácuo legislativo potencialmente preenchido pelo Judiciário¹⁸⁶⁴. Essa proposta parece ter sido encampada pelo legislador ordinário.

Com efeito, o artigo 9º da nova lei estabelece, como regra geral, a restrição dos efeitos do *decisum* às partes no processo. O mesmo artigo também estabelece um marco preciso no tempo quanto à eficácia da decisão, limitando-a ao advento de norma regulamentadora editada pelo ente legislativo competente¹⁸⁶⁵. Em princípio, portanto, o legislador optou pela posição majoritária na doutrina, conferindo efeitos estritamente concretos ao mandado de injunção, limitando-se a eficácia da regulamentação implementada às partes no processo¹⁸⁶⁶. Essa conclusão, no entanto, pode revelar-se precipitada.

Imediatamente após determinar que “a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora”, o §1º do mesmo artigo autoriza o Tribunal a atribuir eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, se no caso essa eficácia for indispensável ao exercício do direito, liberdade ou garantia que motivou a impetração da injunção. O que aparentemente parecia uma inclinação do legislador no sentido da posição *concretista individual*, rapidamente avança na direção de

¹⁸⁶³ ROTHENBURG, Walter Claudius. O mandado de injunção finalmente terá sua lei. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.135.

¹⁸⁶⁴ ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 108.

¹⁸⁶⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 98.

¹⁸⁶⁶ Nesse sentido, cf. SANTOS, Moacyr Amaral. **Mandado de Injunção**. São Paulo: RT, 1989, p. 29; TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 199; e BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 221.

um modelo *concretista geral*, na medida em se outorga eficácia *erga omnes* à decisão prolatada em mandado de injunção.

IV.3.4.2.5.2 A suposta excepcionalidade da medida

À primeira vista, parece que o legislador estabeleceu limites firmes para a modulação da eficácia subjetiva do *decisum*. Todavia, a utilização de conceitos abertos na definição desses limites torna no mínimo fluida a sua eficácia como barreira para ativismos despropositados do Supremo. Nesse sentido, “o carácter indeterminado das medidas de valores respeitantes aos conceitos de ‘inerência’ ou ‘indispensabilidade’ conferem à medida um carácter excepcional”, mas a “avaliação discricionária dessa excepcionalidade” encontra-se ao livre-arbítrio do STF¹⁸⁶⁷. Por isso mesmo, não seria de todo absurdo afirmar que esse anteprojeto pretende legitimar, pela via normativo-legal, uma posição mais ativista do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁶⁸.

Não que isso constitua novidade. Muito pelo contrário. Na verdade, a questão das omissões legislativas inconstitucionais sempre manteve relação umbilical com o ativismo judicial no Supremo¹⁸⁶⁹. Não deixa de ser curioso, entretanto, que o próprio legislador tenha permitido ao Tribunal elaborar “discursos de justificação em sede de mandado de injunção”. Mas, na medida em que se constata que o anteprojeto do qual resultou a Lei nº. 13.300/16 foi elaborado por membros “do próprio Poder Judiciário”, a curiosidade não surpreende de modo algum¹⁸⁷⁰.

É certo que a aprovação de uma norma regulamentadora não seria capaz, de *per si*, de impedir a linha mais ativista do Supremo Tribunal Federal em se aventurar no campo da produção normativa positiva, haja vista que a falta de regulamentação do mecanismo não impediu o maior ativismo da Corte. Não seria, portanto, uma nova lei que operaria semelhante façanha¹⁸⁷¹. Mesmo assim, é no mínimo discutível entender que o Legislativo possa legitimar a usurpação de suas próprias funções pelo Judiciário, ao respaldar normativamente aquilo que o STF já propunha na prática.

¹⁸⁶⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 374.

¹⁸⁶⁸ AMARAL JUNIOR, José Levi do. Op. Cit., p. 158.

¹⁸⁶⁹ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Op. Cit., p. 318.

¹⁸⁷⁰ (BENVINDO, Juliano Zaiden. Op. Cit., p. 275). Na verdade, as grandes cabeças por trás da regulamentação do mandado de injunção foram os ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki. Ao primeiro coube incensar a linha mais ativista do Supremo Tribunal Federal. Ao segundo, a redação do anteprojeto que deu origem à lei.

¹⁸⁷¹ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Op. Cit., p. 327.

IV.3.4.2.5.3 A inconstitucionalidade da extensão de efeitos da sentença

A rigor, a aparente meia-volta ensaiada pelo legislador ao procurar estabelecer critérios normativos para a modulação da eficácia subjetiva da decisão em mandado de injunção não parece ter sido suficiente. Ainda que se abstraia a discussão teórica acerca das implicações que tal posicionamento traria para o princípio basilar da separação harmônica dos poderes, a fluidez e a pouca densidade hermenêutica dos critérios empregados para estabelecê-la deixaria livre de controle a atuação legiferante do Supremo Tribunal Federal. Eis a razão pela qual parcela relevante da doutrina defende que tais critérios “deveriam ser taxativamente fixados na lei”. Para além disso, sua adoção deveria estar “sujeita a uma maioria agravada de, pelo menos, dois terços dos ministros integrantes do STF”¹⁸⁷².

O próprio texto constitucional ratifica esse posicionamento. Tanto no caso da Adin como no caso da ADC e da súmula vinculante, a força obrigatória geral resulta de autorização expressa da Carta de 1988. A ADPF também o tem, embora através de lei ordinária, de discutível compatibilidade com a Constituição¹⁸⁷³.

Por isso mesmo, a solução prevista na nova normatização, de acordo com a qual o Supremo pode modular a eficácia subjetiva da decisão em mandado de injunção, “não aparenta conformidade a esse princípio de reserva da constituição”, nomeadamente porque “introduz uma componente normativa equiparada à lei ordinária”. Em que pese sua transitoriedade, há ao fim de contas a substituição do Congresso Nacional “por uma norma da cúpula do poder jurisdicional”. Disso decorre, inescapavelmente, “uma derrogação do princípio da separação de poderes fundada não na Constituição, mas numa lei ordinária”¹⁸⁷⁴.

Parece claro, sob esse ângulo, que a criação de uma “medida provisória jurisprudencial” demandaria alguma modalidade de “credencial constitucional”, não sendo o bastante revelar-se instrumento introduzido por meio de “mera lei ordinária”. Do contrário, teríamos de admitir que também seria lícito ao Poder Legislativo criar novas hipóteses de “actos legiferantes do Congresso ou do Executivo” por simples

¹⁸⁷² MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 379.

¹⁸⁷³ Para a crítica à atribuição de eficácia vinculante às decisões em ADPF, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 202-205.

¹⁸⁷⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 377. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

regulamentação ordinária, desconsiderando a natureza constitucional do processo legislativo¹⁸⁷⁵.

IV.3.4.2.5.4 O paradoxo do controle por omissão no Brasil

Há, claro, quem celebre a iniciativa¹⁸⁷⁶. Não interessa, para quem advoga essa tese, que, no sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, “no qual uma componente difusa da fiscalização da validade de normas coexiste com outra concentrada”, compete à primeira produzir apenas sentenças *inter partes*¹⁸⁷⁷. Para quem defende o novo regramento, a natureza peculiar do nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade permite a conclusão de que, caso seja verificada a ocorrência de qualquer omissão legislativa inconstitucional, a falha deverá ser suprida através de ação do órgão responsável por sindicá-la (ou seja, o STF), “independentemente do processo em que for verificada”¹⁸⁷⁸.

Nessa linha, não implicaria qualquer paradoxo haver um instrumento de controle abstrato, de legitimidade restrita (Adin por omissão), do qual decorre somente um apelo ao legislador; e outro, de controle concreto, com ampla legitimidade (mandado de injunção), do qual decorre a produção de uma norma com efeitos *erga omnes*¹⁸⁷⁹. Constatando-se a omissão legislativa inconstitucional, deverá o STF atuar para eliminá-la.

A disfunção, contudo, decorre das “ocasionais fricções institucionais” decorrentes da “crescente liberdade de conformação decisória que o Supremo Tribunal Federal tem se atribuído”¹⁸⁸⁰. Ao escolher-se um modelo legal para superar o estado de vácuo legislativo, invariavelmente está-se a decidir, de maneira indireta, que uma infinidade de outros modelos não serão escolhidos. A determinação dessas escolhas revela uma atividade precipuamente política, que escapa ao controle puramente jurídico por parte do Judiciário. Essa questões se resolvem por meio de um processo democrático em que

¹⁸⁷⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 378. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁸⁷⁶ Para o aplauso, cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. Cit., p. 134-135.

¹⁸⁷⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 376.

¹⁸⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. As decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. XLVIII. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 226.

¹⁸⁷⁹ Criticando esse paradoxo, o Prof. Blanco de Moraes indaga-se por que razão teria o constituinte de 1988 outorgado semelhante poder ao mandado de injunção e, por outro lado, negado à Adin por omissão – ação de controle abstrato – “qualquer espécie de sanção ou regime mandamental”? (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 521).

¹⁸⁸⁰ AMARAL JUNIOR, José Levi do. Op. Cit., p. 156.

posições políticas confrontam-se e alternam-se entre maioria e minoria, e não através de mera atividade de subsunção legal¹⁸⁸¹. Além disso, reduz-se o controle da omissão legislativa a uma estreita via de controle concreto, por vezes submetida a limites dos interesses subjetivos postos em causa, em nome dos quais será censurada a inação do Poder Legislativo e atalhados os entraves e percalços inerentes à atividade legislativa regular¹⁸⁸².

IV.3.4.2.5.5 A necessidade de restrição da sentença às partes do processo

No fundo, essa perspectiva reduz um fenômeno primariamente político a um problema jurídico, a ser resolvido por uma lógica meramente lógico-dedutiva, sem prestar tributo aos fatos que conduziram a essa inércia parlamentar¹⁸⁸³. Para todos os efeitos, as questões a envolver a inexistência de regulamentação do direito, liberdade ou garantia reduzem-se a um mero ato de vontade do Congresso: o direito não estaria a ser regulado simplesmente porque o Congresso “não quer” regulá-lo¹⁸⁸⁴. Por isso mesmo, segundo os adeptos desse posicionamento, deveria o STF intervir para superar esse estado de omissão.

Ignora-se, também, que o autorizativo legal permite ainda ao Supremo Tribunal Federal demitir-se implicitamente de sua competência nos casos mais, digamos, “palpitantes”, nos quais o potencial desagrado da decisão seja maior. Sem querer carregar os ônus políticos de assumir determinada posição, o Supremo poderá simplesmente apenas voltar a convidar o legislador a preencher o vazio normativo, sem que ele mesmo o faça por intermédio de uma sentença injuncional¹⁸⁸⁵.

Além disso, um corolário poucas vezes refletido e quase sempre ignorado por quem defende essa linha mais ativista, a permitir ao Supremo suplantar a função legislativa do Congresso Nacional, é que, por via transversa, está-se atribuindo à parte – responsável por provocar a resposta jurisdicional do Supremo – a definição precisa acerca da conveniência e oportunidade de regulação da matéria¹⁸⁸⁶. Em outras palavras, isso significa dizer que será a parte – e não o Congresso, nem sequer o Supremo – quem

¹⁸⁸¹ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Op. Cit., p. 314.

¹⁸⁸² KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Op. Cit., p. 312.

¹⁸⁸³ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 342.

¹⁸⁸⁴ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Op. Cit., p. 313.

¹⁸⁸⁵ ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 111.

¹⁸⁸⁶ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Op. Cit., p. 311.

decidirá se está na hora ou não de regulamentar-se o dispositivo constitucional sobre o qual se abate a omissão legislativa.

Como já defendemos em outra oportunidade, o caminho natural seria conferir à sentença do mandado de injunção efeitos integradores *inter partes*¹⁸⁸⁷. Ao contrário da modulação da eficácia subjetiva da decisão, com a possibilidade de extensão *erga omnes* de seus efeitos, essa possibilidade de integração normativa pela via judicial, desde que não descorde dos limites de fixação de determinados direitos subjetivos, não implicará ofensa alguma ao princípio da separação de poderes, “pois o que está em jogo é a produção de uma norma concreta (atividade jurisdicional) e não de norma abstrata (atividade legiferante)”¹⁸⁸⁸. Somente assim se respeitaria tanto o texto constitucional, que parece indicar claramente a opção do legislador constituinte originário por um modelo *concretista individual* para o instrumento, quanto o direito da parte de não sofrer embaraços no exercício de direitos fundamentais carentes de regulamentação¹⁸⁸⁹. Seriam atendidos tanto o princípio da *máxima efetividade das normas constitucionais* quanto o *princípio da separação dos poderes*, sem prejuízos maiores à estrutura constitucional estabelecida pelo constituinte de 1988.

IV.3.4.2.6 A superveniência da norma regulamentadora

Independentemente da controvérsia acerca da possibilidade de extensão dos efeitos da decisão no mandado de injunção, caracterizando-se uma “medida provisória jurisprudencial”, a própria lei salvaguarda a possibilidade de o legislador vir a suprir *a posteriori* o vácuo legislativo. Nesse caso, haveria um potencial conflito entre a norma elaborada pelo Supremo Tribunal Federal e a lei aprovada pelo Congresso Nacional.

Pensando nisso, o legislador fez constar expressamente que a norma judiciária produzirá efeitos somente “até o advento da norma regulamentadora”¹⁸⁹⁰. Essa disposição exhibe a benfazeja característica de impedir eventuais conflitos entre a norma legislativa aprovada pelo Parlamento e a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal. Ao estabelecer a primazia da lei formal, eventuais incongruências entre esta e a decisão

¹⁸⁸⁷ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 278-280.

¹⁸⁸⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis. Op. Cit., p. 240.

¹⁸⁸⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 382.

¹⁸⁹⁰ Cf. art. 9º, caput, da Lei nº. 13.300/16.

emanada do Poder Judiciário serão resolvidas em favor do órgão democraticamente legitimado¹⁸⁹¹.

Todavia, ao lado dessa disposição, surge a controvérsia: uma vez advinda a lei regulamentadora aprovada pelo Congresso, que tipo de efeito ela produzirá em relação àqueles que já usufruem a norma elaborada pelo Poder Judiciário?

De acordo com a lei, a nova regulamentação produzirá “efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se aplicação da norma editada lhes for mais favorável”¹⁸⁹². Em verdade, “a natureza singular do procedimento judicial deferitório de ordem de injunção” evidencia a “precariedade do suprimento normativo” produzido pelo Supremo¹⁸⁹³. Por isso mesmo, a regulamentação provisória do direito fundamental carente de regulamentação não dispensa em hipótese alguma o papel do legislador, mas antes “torna imprescindível” a sua atuação¹⁸⁹⁴.

A grande adversidade por trás do autorizativo legal refere-se à possibilidade de se aplicarem efeitos prospectivos à sentença do mandado de injunção. Uma vez que a própria lei ressalva que a norma injuncional continuará a ser aplicada, a menos que a lei editada seja mais favorável ao impetrante, surge a partir daí um aparente conflito entre esse dispositivo e a garantia da segurança jurídica estabelecida pelo legislador constituinte originário¹⁸⁹⁵. Ao estabelecer essa ressalva, o legislador ordinário está excepcionando, sem razão aparente, uma regra para a qual o ordenamento já prevê – e prevê corretamente – solução adequada, permitindo eficácia retroativa de uma norma legal, para cujos efeitos outra norma já havia sido aplicada.

Tal determinação depõe contra a segurança jurídica, na medida em que autoriza o Supremo, ainda que de modo excepcional, a reverter uma decisão judicial transitada em julgado, desde que a norma superveniente seja mais favorável à parte. Melhor seria entender que, em qualquer dos casos, a decisão produziria apenas efeitos *ex nunc*. Do contrário, pode-se macular, de maneira enviesada, o dispositivo previsto no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal, segundo o qual a lei entrará em vigor respeitados os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a *coisa julgada*. A rigor, o advento de norma aprovada pelo legislador ordinário deve sempre resultar na revogação da norma aprovada pelo Judiciário, com efeitos *ex nunc*, como forma de resguardar os atos jurídicos

¹⁸⁹¹ ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 108.

¹⁸⁹² Cf. art. 11, caput, da Lei 13.300/16.

¹⁸⁹³ RAMOS, Elival da Silva. **Mandado de injunção e separação de poderes**, cit., p. 252.

¹⁸⁹⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Mandado de injunção e separação de poderes**, cit., p. 252.

¹⁸⁹⁵ ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 112.

praticados sob a égide da norma anterior, independentemente do que dispusesse a regra aprovada pelo Supremo¹⁸⁹⁶.

IV.3.4.2.7 A questão da multiplicação dos mandados de injunção

O grande argumento para justificar a concessão de efeitos *erga omnes* à decisão prolatada em mandado de injunção baseia-se na possibilidade de hedionda multiplicação dos processos relacionados à mesma matéria, reproduzindo, no âmbito do mecanismo injuncional, a mesma problemática que vitima o recurso extraordinário.

O problema dessa linha de pensamento reside na constatação de que ele encerra, d’algum modo, um “exercício de futurologia”¹⁸⁹⁷. A bem da verdade, o mandado de injunção jamais foi responsável pela sobrecarga de trabalho do STF. Desde sua criação até os dias atuais, foram ajuizados pouco mais de 6.500 MIs, resultando numa média de aproximadamente 230 ações por ano. Trata-se de número absolutamente compatível com o bom funcionamento do Tribunal (embora evidencie a incapacidade do legislador em concretizar as normas constitucionais carentes de regulamentação).

Para além disso, não há como olvidar que o mandado de injunção é um instrumento processual marcado pelo signo da “*transitoriedade*”, haja vista que sua utilidade varia na razão inversa da quantidade de cláusulas constitucionais pendentes de regulamentação. Melhor explicando: à medida que o legislador ordinário preenche as omissões existentes no texto constitucional, o caminho natural do mandado de injunção segue rumo à obsolescência. Quando não houver mais normas constitucionais de eficácia limitada carentes de lei regulamentadora, “não haverá motivos a ensejar o mandado de injunção”¹⁸⁹⁸.

Exemplo claro do que se está a tratar pode ser encontrado no direito de resposta. Com o julgamento da ADPF nº. 130/DF e a declaração da não recepção da Lei de Imprensa pela Carta de 1988, o direito de resposta – garantia individual consagrada entre os direitos fundamentais do cidadão – ficou desprovido de qualquer espécie de regulamentação. Dessa forma, seria cabível o ajuizamento de mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal para postular regras para responder à ofensa¹⁸⁹⁹. Agora, com a

¹⁸⁹⁶ ROSA, André Vicente Pires. Op. Cit., p. 113.

¹⁸⁹⁷ NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**, cit., p. 400.

¹⁸⁹⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis. Op. Cit., p. 217. Itálico do original. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁸⁹⁹ Para maior aprofundamento sobre a matéria, cf. MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 275-276.

edição de lei própria a regular a matéria¹⁹⁰⁰, descabe cogitar do ajuizamento de mandado de injunção pra viabilizar a resposta.

Mesmo assim, não é possível desprezar de todo a possibilidade de que, ausente a eficácia *erga omnes*, os mandados de injunção relativos às mesmas temáticas venham a sofrer um processo de aumento exponencial, levando a Corte a ser sobrepujada pela mesma avalanche de processos que sobre ela recai todos os anos.

Talvez pensando nisso, o próprio legislador propôs uma interessante fórmula para os mandados de injunção. De acordo com a nova regulamentação, “transitada em julgado a decisão”, o relator poderá estender seus feitos “aos casos análogos”¹⁹⁰¹. Ou seja: uma vez resolvida a causa pelo Plenário do STF, o ministro que receber novo processo afeto à matéria já decidida poderá resolver monocraticamente a questão¹⁹⁰².

Não se trata de proposição exatamente nova, é verdade. Já há algum tempo a doutrina defendia que a “formulação de uma decisão paradigmática, a ser reproduzida nas demais ações”, responderia a contento a questão da eventual multiplicação de mandados de injunção no Supremo Tribunal Federal¹⁹⁰³. Na realidade, o próprio Regimento Interno do STF já havia sido emendado de maneira a contemplar essa possibilidade, atribuindo ao relator poderes para resolver solitariamente “situações repetitivas ou idênticas, objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal”¹⁹⁰⁴. A nova lei, contudo, traz o mérito de positivar definitivamente essa possibilidade, sem que seja necessário recorrer a analogias duvidosas com hipóteses semelhantes existentes no novo Código de Processo Civil¹⁹⁰⁵ ou mesmo no próprio Regimento Interno do Supremo¹⁹⁰⁶. O dispositivo permite, pois, um *alargamento* da decisão a casos análogos, permitindo “resolver utilmente processos de massas”¹⁹⁰⁷.

Há quem veicule a possibilidade de extrair dos reiterados julgamentos a edição de súmula vinculante Supremo Tribunal Federal¹⁹⁰⁸. Essa perspectiva, embora

¹⁹⁰⁰ Cf. Lei nº. 13.188/15.

¹⁹⁰¹ Cf. art. 9º, §2º, do Projeto de Lei nº. 6.128/2009.

¹⁹⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 98-99.

¹⁹⁰³ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**, cit., p. 316.

¹⁹⁰⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1378.

¹⁹⁰⁵ Cf. art. 332 do Novo Código de Processo Civil.

¹⁹⁰⁶ Cf. art. 21, § 1º, do Regimento Interno do STF.

¹⁹⁰⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 379.

¹⁹⁰⁸ A defender essa posição, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção**, cit., p. 382.

sancionada – agora reconhece-se – equivocadamente pelo nosso entendimento¹⁹⁰⁹, não se coaduna com o nosso sistema de tripartição funcional de poderes. Para além da virtual incompatibilidade da súmula vinculante com o núcleo duro da Constituição, haveria aí, à margem de qualquer dúvida, atividade legiferante por parte do STF, uma vez que ele produziria uma norma do caso concreto, mas cujos efeitos seriam estendidos, por força da súmula vinculante, a todo e qualquer caso, à semelhança da norma aprovada pelo legislador democraticamente legitimado.

IV.3.5 A solução para a súmula vinculante, o recurso extraordinário e a reclamação

IV.3.5.1 A “PEC Peluso” e a alteração do trânsito em julgado

IV.3.5.1.1 O contexto histórico

A primeira pista para identificar a solução para a problemática da sobrecarga processual do Supremo Tribunal Federal passa por constatar que, dentre os aproximadamente 80.000 processos que chegam anualmente à Corte, perto de 2/3 (57.000) referem-se exclusivamente a recursos (recursos extraordinários e agravos de instrumento contra decisões denegatórias de subida de recurso extraordinário). O restante distribui-se entre as ações de controle concentrado e outras ações de competência originária da Corte, como os *habeas corpus*, os mandados de injunção e as reclamações constitucionais.

Pensando nisso, o então presidente do STF, Ministro Cézar Peluso, elaborou uma proposta de Emenda à Constituição para tentar resolver o problema. Encampada pelo Senador Ricardo Ferraço, a sugestão do Ministro Peluso tomou forma e ganhou nome: PEC nº. 15/2011. Sua tramitação iniciou-se no ano de 2011 e, atualmente, encontra-se pendente de deliberação pelo plenário do Senado Federal.

IV.3.5.1.2 A ação rescisória constitucional

Singela na forma, a emenda constitucional revela-se radical no conteúdo. Ao contrário do que ocorre hoje em dia, em que os recursos extraordinários estruturam-se

¹⁹⁰⁹ MONTEIRO, Arthur Maximus. Op. Cit., p. 279.

– como o próprio nome indica – como *recursos*, essa modalidade recursal seria substituída por outro mecanismo: a *ação rescisória extraordinária*¹⁹¹⁰.

Como se sabe, existem no Brasil fundamentalmente dois meios processuais para atacar-se decisões judiciais: os *recursos* e os *meios autônomos de impugnação*¹⁹¹¹. A diferença entre ambos reside, basicamente, na aptidão que os meios autônomos têm de instaurar uma nova relação jurídica processual, cujo objeto é a decisão judicial impugnada, ao passo que os recursos se valem de uma base processual preexistente¹⁹¹².

Regulada pelo antigo art. 485 do Código de Processo Civil e remodelada pelo art. 966 do Novo CPC¹⁹¹³, a ação rescisória é um meio processual específico destinado a desconstituir a coisa julgada. Embora tenha havido algumas adaptações para a nova realidade processual codificada, a rescisória não sofreu grandes alterações em sua estrutura básica. Para que se maneje ação rescisória, a lei estabelece dois requisitos básicos: i) sentença de mérito transitada em julgado; ii) propositura da ação rescisória

¹⁹¹⁰ Cf. art. 1º da PEC nº. 15/2011.

¹⁹¹¹ MEDINA, José Miguel Garcia: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 33.

¹⁹¹² NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**, cit., p. 198 e ss.

¹⁹¹³ “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

§ 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.

§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”.

dentro do prazo decadencial de dois anos após o trânsito em julgado da decisão¹⁹¹⁴. De resto, legitimidade ativa e passiva, assim como o modo de processamento, mantiveram-se na prática inalterados.

A ação rescisória revela-se, portanto, como poderoso instrumento para evitar-se a consolidação de coisas julgadas derivadas de processos viciados. Sua função é resguardar não somente o direito da parte, mas o próprio ordenamento jurídico, impedindo que vicejem coisas julgadas fundadas em processos nulos. Os preceitos de ordem pública aplicam-se a ela de forma vinculante, de modo a assegurar a higidez do sistema jurídico. Isso porque a ação rescisória não visa somente a privar a sentença de seus efeitos. Seu intuito é maior que isso: “é destruir a sentença mesma, porque, destruindo-a, destruirá, por conseguinte, os seus efeitos”¹⁹¹⁵.

IV.3.5.1.3 A revolução no sistema

Ao pretender importar para o âmbito da jurisdição constitucional a técnica processual da rescisória, o Ministro Cezar Peluso procurou operar uma verdadeira revolução no nosso sistema de fiscalização concreta de constitucionalidade. Pela sistemática atual, o recurso extraordinário, como recurso que é, impede o trânsito em julgado da decisão, protraindo a conformação da coisa julgada¹⁹¹⁶. É a isso que reconduz o chamado *efeito devolutivo*, através do qual, antes do julgamento do recurso, a decisão prolatada não pode “se tornar definitiva”¹⁹¹⁷. Como mecanismo de “renovação do direito de ação”, somente após a resolução da questão constitucional suscitada pode o recorrido, enfim, afirmar-se senhor do direito que reclama¹⁹¹⁸. Antes disso, tudo o que há é mera expectativa de direito, estabelecida por condição resolutiva, consistente no pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Com isso, o Brasil tornou-se “o único país do mundo que tem na verdade quatro instâncias recursais”¹⁹¹⁹. Não é de espantar, pois, que “a ampla e quase inesgotável via recursal” seja manejada na grande maioria das vezes

¹⁹¹⁴ Cf. art. 975 do Novo Código de Processo Civil.

¹⁹¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da Ação Rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 583.

¹⁹¹⁶ Afinal, como já se delineou desde há muito, “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso” (Cf. art. 6º, §3º, da Lei de Introdução às Normas do Ordenamento Brasileiro). Sobre o tema, cf. NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**, cit., p. 475 e ss.

¹⁹¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 113.

¹⁹¹⁸ NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**, cit., p. 401.

¹⁹¹⁹ Cf. justificação da PEC nº. 15/2011.

“para fins meramente protelatórios, como estratégia da parte para furtar-se ao cumprimento da lei”¹⁹²⁰.

Ocorre, no entanto, que se o recurso extraordinário abandonar sua feição recursal para se assumir como *ação rescisória extraordinária*, todo o panorama hoje vigente para essa temática deixa de ser válido. Ao contrário do que ocorre com a mera interposição do recurso extraordinário na corte de origem, o trânsito em julgado não sofreria qualquer tipo de constrangimento pelo ajuizamento posterior de uma ação rescisória. Afinal, o pressuposto básico para o ajuizamento de uma ação rescisória é justamente o trânsito em julgado de decisão anterior¹⁹²¹. A coisa julgada estaria formada, permitindo à parte usufruir desde logo o benefício que lhe foi outorgado pela via judicial, independentemente do pronunciamento posterior do STF.

Não se trata, é verdade, de proposta inovadora. Desde há muito a doutrina aventava a possibilidade de transmutação do recurso extraordinário numa variante da ação rescisória, abandonando a sistemática tradicional que empresta ao mecanismo a possibilidade de protrair a formação da *res iudicata* para dar-lhe feição puramente objetiva, sem aptidão para impedir a execução imediata do julgado¹⁹²². Mesmo assim, a proposta do Ministro Cezar Peluso, chancelada pelo Senador Ricardo Ferraço, tem o mérito de ser a primeira a sistematizar um novo enquadramento legal para o instituto, conferindo-lhe sólida base constitucional, de maneira a não representar violação aos direitos e garantias albergados pela Carta de 1988.

IV.3.5.1.4 As críticas à proposta

Houve, claro, quem se insurgisse contra a proposta. Capitaneada pela classe dos advogados, a crítica à “PEC Peluso” revelava sua perplexidade com a mudança, vista por ela como atentatória às garantias individuais dos cidadãos, em especial à presunção de não culpabilidade. De acordo com esse entendimento, a alteração do momento de trânsito em julgado “não passaria de ficção legal, sem nenhuma consistência

¹⁹²⁰ Cf. justificação da PEC nº. 15/2011.

¹⁹²¹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 275.

¹⁹²² Proposta semelhante já fora elaborada há quase vinte anos por Clèmerson Merlin Clève. Nesse sentido, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade**, cit., p. 407-410.

jurídica, justificada apenas para tentar legitimar a obrigatória antecipação da execução da sentenças”¹⁹²³. O temor, entretanto, parece infundado.

Em princípio, apresenta-se duvidoso afirmar que a garantia de amplo acesso aos tribunais superiores constitua cláusula pétrea da nossa Constituição. Só isso poderia justificar eventual inconstitucionalidade da “PEC Peluso”, na medida em que protrair o trânsito em julgado não constitui, de *per si*, garantia fundamental do cidadão. O que se tem direito é a uma jurisdição plena e imparcial, da qual resulte um comando definitivo, que possa ser imposto coercitivamente à parte recalcitrante. E tal objetivo é plenamente alcançável através do exercício de dois graus de jurisdição, no qual caiba ao segundo revisar o entendimento do primeiro. Em síntese, não se pode entender que o acesso ilimitado ao Poder Judiciário deva ser confundido com o acesso ilimitado ao Supremo Tribunal Federal¹⁹²⁴.

Nem sequer do ponto de vista estatístico o temor se justifica. Ao observar-se o índice de provimento de recursos extraordinários interpostos perante o Supremo Tribunal Federal, constata-se que apenas 4% dos recursos em matéria cível são ordinariamente acolhidos pelo Tribunal. Nos casos criminais, esse percentual é reduzido a 2,7% dos casos. Disso resulta a conclusão de, que em mais de 95% dos casos, os recursos destinam-se somente a adiar a execução do *decisum*, retardando o trânsito em julgado da decisão¹⁹²⁵.

IV.3.5.1.5 As vantagens da nova sistemática

Para ilustrar a necessidade de aprovação da mudança constitucional, o Senador Ricardo Ferraço faz expressa referencia à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº. 84.078. Ao afastar o caráter meramente devolutivo do recurso extraordinário em matéria penal e conferir-lhe uma espécie de efeito suspensivo *ope constitutionis*, o Tribunal impediu na prática a execução da pena para condenados em segundo grau. Tal se deu, conforme se observou algures, à vista do princípio da não culpabilidade, direito fundamental do cidadão, com *status* de cláusula pétrea em nosso texto constitucional¹⁹²⁶.

¹⁹²³ OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. **PEC dos Recursos**. Disponível em <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-4734.pdf>. Acesso em 2 de jun. 2016, p. 2.

¹⁹²⁴ TAVARES, André Ramos. **A nova lei da súmula vinculante**, cit., p. 82.

¹⁹²⁵ Cf. justificativa do Senador Aloysio Nunes Ferreira ao substitutivo da PEC nº. 15/2001.

¹⁹²⁶ Cf. justificação da PEC nº. 15/2011.

É certo que esse entendimento sofreu recentemente nova viragem jurisprudencial, volvendo o Supremo a defender que a prisão para cumprimento de pena pode ocorrer mesmo na pendência de recurso extraordinário (STF) ou especial (STJ). Todavia, como ressaltado alhures, tal entendimento deu-se em manifesta afronta ao texto constitucional, pois não se pode admitir que um cidadão sobre o qual não recai ainda “sentença condenatória transitada em julgado” possa ser submetido a cumprimento de pena na pendência de recurso. De duas, uma: ou o sujeito ainda pode ser considerado inocente e, nesse caso, não se pode exigir-lhe prisão antecipada; ou então a prisão na pendência de recurso não pode ser considerada cumprimento antecipado de pena. O que não se pode admitir é que, a um só tempo, o sujeito ainda seja considerado “não culpado” pela Constituição e, mesmo assim, seja submetido a cárcere para pagar por um delito sobre o qual ainda não houve manifestação judicial definitiva.

De fato, não seria exagero dizer que a ação rescisória extraordinária reconduzir-se-ia a modalidade equivalente, *est modus in rebus*, à *Verfassungsbeschwerde* do direito germânico. No caso da queixa constitucional alemã, exige-se o prévio esgotamento das instâncias ordinárias. Embora o requisito seja similar ao do recurso extraordinário, a diferença fundamental reside na inaptidão do instrumento tedesco de impedir a convolação da decisão judicial em coisa julgada, permitindo à parte vencedora, desde já, executar o *decisum*. Não se trata, portanto, de providência inaudita ou esdrúxula¹⁹²⁷.

Outro exemplo palpável dos benefícios que a nova sistemática traria pode ser visto a partir da recente discussão em torno da chamada “Lei da Ficha Limpa”¹⁹²⁸. De acordo com essa norma, são considerados inelegíveis os condenados à suspensão de direitos políticos ou por ilícitos eleitorais, por decisão de órgão judicial colegiado, mesmo quando ainda não esgotada a via recursal¹⁹²⁹. Uma vez que o candidato tornar-se-á inelegível mesmo sem haver ainda trânsito em julgado da condenação, haverá, de certo modo, uma responsabilização prospectiva¹⁹³⁰. Tal juízo condenatório prévio funda-se na probabilidade de que a condenação por tribunais locais seja mantida pelas instâncias inferiores.

¹⁹²⁷ Cf. justificação da PEC nº. 15/2011.

¹⁹²⁸ Trata-se do epíteto atribuído à Lei Complementar nº. 135/2010.

¹⁹²⁹ Cf. art. 1º, inc. I, alínea ‘e’, da Lei Complementar nº. 64/90, com a redação dada pela Lei Complementar nº. 135/2010.

¹⁹³⁰ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A lei da “Ficha Limpa” – Uma responsabilização prospectiva? **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 729.

A constitucionalidade da lei foi contestada com base no princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória¹⁹³¹. Isso porque, ao se considerar que a cláusula de inelegibilidade estará satisfeita com o “simples julgamento por órgão colegiado”, resultaria daí um confronto direto com a garantia constitucional de que os direitos políticos só serão afetados quando a condenação criminal transitar em julgado¹⁹³², o que torna no mínimo suspeita a “legitimidade da decisão do Legislador”¹⁹³³.

Para além disso, a norma em questão gerou certa perplexidade quanto à possibilidade de uma condenação *solitária*, isto é, decorrente de uma única decisão (como ocorre nos casos de foro por prerrogativa de função), resultar na declaração de inelegibilidade do candidato. Isso, claro, para não se falar na controversa hipótese de *divergência* entre instâncias, ou seja, uma absolvição em 1º grau de jurisdição ser revertida no 2º grau, gerando, novamente, uma *solitária* condenação, da qual resultará o impedimento à candidatura eletiva¹⁹³⁴.

Se uma proposta tal fosse levada a cabo, a extinção dos recursos especial e extraordinário, com a correspondente criação de ações rescisórias em seu lugar, resolveria o problema, pois o trânsito em julgado dos processos, nesse e em outros casos, já ocorreria nas instâncias inferiores.

Há de se destacar que não se pode confundir o direito de interposição de recurso com o princípio do duplo grau de jurisdição¹⁹³⁵. Na verdade, este último pressupõe que exista um órgão hierarquicamente superior, apto a produzir reexame integral da matéria, inclusive em seu aspecto probatório. Algo, portanto, distinto do mero direito de recorrer, que não pressupõe órgão hierárquico superior (pode-se recorrer ao mesmo órgão)¹⁹³⁶, assim como não necessariamente haverá ampla devolutividade da matéria objetada em primeiro grau (pode-se circunscrever a análise do recurso a somente questões de direito ou somente a questões de fato)¹⁹³⁷.

¹⁹³¹ A constitucionalidade desse e de outros dispositivos da lei foi discutida no julgamento conjunto das ADCS nºs. 29 e 30, e da Adin nº. 4578/DF, tendo o STF decidido, afinal, que o dispositivo em questão não ofendia a Constituição.

¹⁹³² Cf. art. 15, inc. III, da Constituição Federal de 1988.

¹⁹³³ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito constitucional**, cit., p. 119.

¹⁹³⁴ Para a perplexidade, cf. MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Op. Cit., p. 750-751.

¹⁹³⁵ Sobre o tema, cf. NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**, cit., p. 58-66.

¹⁹³⁶ Nesse aspecto, sempre convém recordar a hipótese dos embargos infringentes em matéria penal, nos casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, consoante restou decidido no julgamento da Ação Penal nº. 470 (Mensalão).

¹⁹³⁷ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 103.

IV.3.5.1.6 Efeitos da adoção da “PEC Peluso”

Nessa quadra, a alteração proposta pela “PEC Peluso” apresenta o inegável mérito de atingir o objetivo principal – diminuir de maneira drástica a quantidade de recursos submetidos à apreciação do STF – sem, contudo, violar o texto constitucional. Em verdade, não há sequer alteração do conceito de trânsito em julgado, que remanesce intocado, mas simples modificação do *momento* em que a coisa julgada perfectibiliza-se. Se antes a decisão só transitava em julgado após a última decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o caso, a coisa julgada agora seria formada a partir da última decisão dos tribunais locais, restando à ação rescisória constitucional reverter eventual entendimento contrário à Constituição formulado pelas instâncias ordinárias.

Nessa perspectiva, a “PEC Peluso” traria consigo a enorme vantagem de evitar a proliferação de reclamações sobre a matéria, impedindo a mera substituição dos recursos extraordinários e dos agravos denegatórios por reclamações constitucionais. A ação rescisória constitucional assumiria a função hoje desempenhada pela reclamação, como instrumento a veicular desrespeito a entendimentos firmados pelo STF. Uma vez firmada a contrariedade dos tribunais locais aos precedentes estabelecidos pelo Supremo, a ação rescisória constitucional ficaria responsável por levar ao conhecimento do Supremo a matéria.

A rigor, o Novo Código de Processo Civil já se insinua nesse sentido. Com alterações inseridas *a posteriori*, restou consignado que não caberá reclamação constitucional enquanto “não esgotadas as instâncias ordinárias”, nos casos em o desrespeito às decisões do STF resultar de sentença judicial¹⁹³⁸. Se a proposta do ex-presidente do Supremo Tribunal Federal vingar, o dispositivo perderá a razão de ser. A nova ação rescisória constitucional assumiria a função da reclamação na sua modalidade de garantia da autoridade das decisões vinculantes do Supremo, restando-lhe somente as funções de preservação da competência do Tribunal e de “execução” das decisões proferidas em controle concentrado por parte dos legitimados a deflagrá-lo.

Deve-se destacar, no âmbito do efeito dessa alteração perante a sistemática da reclamação constitucional, que sequer seria necessária outra alteração da Constituição. Na verdade, bastaria ao Supremo volver à sua jurisprudência original, segundo a qual a reclamação não se encontrava franqueada a qualquer cidadão, mas antes

¹⁹³⁸ Cf. art. 988, §5º, inc. II, do Novo Código de Processo Civil (redação dada pela Lei nº. 13.256/06).

estava restrita aos legitimados a deflagrar o processo de controle abstrato de normas. Agora, com o reforço legitimador de que o cidadão continuaria a dispor de acesso à Suprema Corte, só que através de outro instrumento: a *ação rescisória constitucional*.

Verifica-se, assim, duas virtudes na proposta desenvolvida pelo Ministro C  zar Peluso. Na primeira, evita-se o adiamento inconsequente – derivado de uma práxis advoc  cia desvirtuada – do trânsito em julgado das decisões das instâncias ordinárias, estimuladas tão-somente pela capacidade que o atual recurso extraordinário ostenta de protrair a forma  o da coisa julgada. Na segunda, devolve-se    reclama  o o seu sentido original, de a  o constitucional de utiliza  o excepcional, destinado a sindic  r a usurpa  o de competência do Supremo Tribunal Federal e o desrespeito às suas decisões dotadas de eficácia vinculante.

IV.3.5.2 O substitutivo do Senador Aloysio Nunes Ferreira

IV.3.5.2.1 O contraponto    proposta original

Por radical, a proposta do Ministro C  zar Peluso, encampada pelo Senador Ricardo Ferraço, acabou sendo submetida a intensos debates durante sua tramita  o no Senado Federal. Após muitas idas e vindas, o relator da PEC n  . 15/2011, Senador Aloysio Nunes Ferreira, acabou por produzir um substitutivo ao texto original. Em que pese a aparente concordância com a proposta inicialmente apresentada, a alternativa sugerida pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira desvirtua por completo a tentativa de transforma  o engendrada pelo Senador Ricardo Ferraço, a ponto de ser possível questionar se não acaba por enterrá-la.

Na concep  o do substitutivo apresentado pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira, não haveria mais a conversão do recurso extraordinário em a  o rescisória constitucional. Manter-se-ia a sistemática atual, segundo a qual o recurso extraordinário configura-se como *recurso*. Todavia, de forma assaz curiosa, a interposi  o do recurso não obstaría o trânsito em julgado da decisão que o comportasse. Estaria aberta, portanto, a possibilidade para execu  o imediata do julgado, segundo o que fosse decidido pelos tribunais locais. Tal possibilidade somente poderia ser afastada por delibera  o colegiada, nos termos do regimento interno do tribunal¹⁹³⁹.

¹⁹³⁹ Cf. art. 1   do substitutivo da PEC n  . 15/2011.

IV.3.5.2.2 Os problemas da nova proposta

IV.3.5.2.2.1 A inconstitucionalidade da medida

Engenhosa no texto, a proposta concebida pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira revela-se desastrosa na prática.

De início, ao determinar que a interposição do recurso extraordinário não obsta a formação da coisa julgada, a natureza recursal do instrumento perde a razão de ser. Ora, um *recurso* só é reconhecido como tal quando nele se reúnem os pressupostos de provocar o reexame da matéria (em geral por um órgão judicial superior) e – o que é mais importante – impedir a consumação do trânsito em julgado¹⁹⁴⁰. Se dele não deriva a impossibilidade de formação da coisa julgada, o mecanismo poderá ser chamado de tudo, menos de *recurso*.

Adotando-se a sistemática pretendida nesse substitutivo, os réus submetidos a cárcere invocariam, não sem grande dose de razão, a violação ao princípio da não culpabilidade. Na medida em que se mantém a estrutura de recurso para o recurso extraordinário, qualquer antecipação da execução da pena resultaria em violação ao princípio da presunção de não culpabilidade, consoante demonstrado alhures. Uma emenda constitucional proposta nesses moldes seria, portanto, flagrantemente inconstitucional, por violar cláusula pétrea da Constituição Federal.

IV.3.5.2.2.2 A ausência de efeito prático

Ademais, é de indagar-se qual seria o efeito prático da substituição do atual regramento do recurso extraordinário para a nova sistemática advogada pelo substitutivo do Senador Aloysio Nunes Ferreira. Hoje, como outrora, o recurso extraordinário não dispõe de efeito suspensivo natural, nem mesmo nas hipóteses de condenação criminal, tal como decidido pelo STF). É dizer: da sua mera interposição não decorre a impossibilidade de execução imediata do julgado. Se hoje essa característica não contribui para diminuir a imensa quantidade de processos levadas a julgamento da Corte,

¹⁹⁴⁰ NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**, cit., p. 400-401.

elevá-la ao patamar constitucional não parece que mudaria de forma relevante esse panorama.

Do ponto de vista dogmático, tampouco se justifica a atribuição de um “efeito suspensivo” a um recurso que não tem o condão de impedir a formação da coisa julgada. Como suspender a execução de uma decisão cujo trânsito em julgado é indiferente à interposição do recurso? Como admitir que um instrumento desprovido de eficácia devolutiva possa, após a formação da coisa julgada, impedir a produção natural de seus efeitos?

Em suma, não há como entender, sob um prisma eminentemente lógico-jurídico, que, de um “recurso” desprovido de efeito devolutivo, possa advir um efeito suspensivo “retroativo”. É dizer: ou o recurso impede o trânsito em julgado e, por conseguinte, pode eventualmente impedir também sua execução; ou, não tendo forças para prostrar o trânsito em julgado, dele não pode resultar a suspensão *a posteriori* da eficácia natural do *decisum* passado em julgado.

IV.3.5.2.2.3 A problemática da prisão após decisão de 2º grau

A questão a envolver o alcance do princípio da presunção de não culpabilidade – ou de presunção de inocência, como querem alguns¹⁹⁴¹ – envolve matéria de profundo impacto no âmbito do controle de constitucionalidade e, por via oblíqua, na quantidade de processos que desagua anualmente no Supremo Tribunal Federal.

Deixe-se de lado, por ora, o fato de que se passaram menos de seis anos entre um e outro entendimento do STF acerca do tema. Deixe-se de lado, também, o fato de que o texto interpretado compõe um rol de garantias aos quais a própria Constituição outorga a prerrogativa de constituírem “cláusula pétrea”, ou seja, insusceptíveis de alteração mesmo por emenda constitucional¹⁹⁴². Deixe-se de lado até mesmo a constatação de que o texto objeto de interpretações dissonantes é rigorosamente o mesmo desde a promulgação da Carta de 1988. A pergunta que fica é: pode o Estado impor ao condenado em segundo grau a execução antecipada da pena?

A resposta é francamente negativa.

¹⁹⁴¹ Nesse sentido, cf. SILVA, José Andrade da. **O princípio da presunção de inocência no processo penal**. Disponível em <https://joseandradedasilva.jusbrasil.com.br/artigos/308629386/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-no-processo-penal>. Acesso em 16 out. 2017.

¹⁹⁴² Cf. art. 60, §4º, inc. IV, da Constituição Federal de 1988.

Quando a Constituição Federal estabelece que a culpabilidade do indivíduo só se forma “a partir do trânsito em julgado da decisão que o condene”, isso significa dizer que somente quando não forem admitidos mais recursos contra a decisão o sujeito poderá ser considerado culpado. O objetivo é um só: evitar que “juízos condenatórios apressados” possam resultar na aplicação dos efeitos da sentença condenatória, em especial o encarceramento¹⁹⁴³. Uma vez que se admita a execução da pena imposta antes de esgotadas as possibilidades recursais do réu, não há como entender que tal posição não vulnere a garantia constitucional da presunção de inocência. E, como alerta a doutrina, essa garantia só pode ser encarada como um “trunfo”, trunfo este que não pode ceder passo “em nome de um suposto interesse da comunidade”¹⁹⁴⁴.

Pode-se dar por certo que a radical viragem hermenêutica do Supremo Tribunal Federal teve motivações muito mais pragmáticas do que jurídicas. No fundo, tratava-se de resolver uma só questão: diminuir a carga de trabalho dos ministros da Suprema Corte. Para evitar dizer-se as coisas como elas eram, o Tribunal encarregou-se de conferir verniz jurídico à sua pretensão. Daí as afirmações de que o novo posicionamento “prestigiava” os juízes de primeiro grau e os tribunais locais, que deixariam de ser “instâncias de passagem”¹⁹⁴⁵.

De fato, parece pouco crível admitir que se possa contorcer a literalidade do vernáculo para emprestar significado diverso do que pretendeu o legislador constituinte originário. O texto constitucional não deixa margem a tergiversações: somente será considerado culpado quem sofrer condenação transitada em julgado. E o trânsito em julgado só se manifesta quando exista uma “decisão judicial de que já não caiba recurso”¹⁹⁴⁶. Logo, se ainda cabem pelo menos dois recursos contra a decisão do tribunal local (especial e extraordinário) – e o único efeito natural e inerente a *qualquer recurso* é o de justamente impedir a constituição da coisa julgada –, de trânsito em julgado não se pode cogitar. O resto é malogro.

Também não parece admissível que o Supremo Tribunal Federal vergue o texto constitucional para atender a uma contingência de ordem prática. Sob o pretexto de encerrar uma “cultura que fomenta a infundável interposição de recursos protelatórios”, o STF fez prevalecer uma visão utilitarista de sua função, para literalmente reescrever a

¹⁹⁴³ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Comentários ao art. 5º, incisos LIV ao LVII da CF/88. In MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 222.

¹⁹⁴⁴ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito constitucional**, cit., p. 119.

¹⁹⁴⁵ Cf. voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC nº. 126.292/DF.

¹⁹⁴⁶ Cf. art. 6º, §3º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Constituição. Mas, como alertou o Ministro Eros Grau no precedente anterior, tal conduta somente “poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal”. No limite, essa interpretação “reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais”. E, como parece óbvio, “a melhor operacionalidade do Supremo não pode ser lograda a esse preço”¹⁹⁴⁷.

Como ressaltado algures, só há duas formas de manter-se um cidadão na cadeia ao amparo da Constituição: quando se trata de prisão cautelar ou quando se trata de cumprimento de pena. Neste último caso, a execução da pena pressupõe a condenação definitiva do sujeito, isto é, uma sentença condenatória passada em julgado. Fora dessas hipóteses, só há arbítrio e ilegalidade.

Tampouco socorre à reversão do entendimento o falacioso argumento de que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”¹⁹⁴⁸. Assim como em diversos outros casos, o recurso a exemplos alienígenas não é válido. Como mui bem destacou o Ministro Celso de Mello em seu voto, a experiência registrada em outros países não pode ser transportada acriticamente para a realidade brasileira, vez que as constituições invocadas, “ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal”¹⁹⁴⁹. Em verdade, desconhece-se país que replique, em seu texto constitucional, a fórmula utilizada pelo constituinte de 1988¹⁹⁵⁰. Logo, se o marco temporal para considerar-se o trânsito em julgado deve ser alterado, o meio apropriado para fazê-lo seria através de emenda à Constituição, jamais por meio de uma controversa interpretação de seu texto por seu suposto “guardião maior”.

Para além das violências praticadas contra o texto constitucional, alguns argumentos dos ministros defensores da mudança de entendimento possuem contradições gritantes em suas próprias lógicas internas. Para o Ministro Luís Roberto Barroso, por exemplo, a confirmação de uma condenação de primeiro grau por tribunal local seria

¹⁹⁴⁷ Cf. voto do Ministro Eros Grau no HC n°. 84.078/MG.

¹⁹⁴⁸ Cf. voto do Ministro Teori Zavascki no HC n°. 126.292/DF.

¹⁹⁴⁹ Cf. voto do Ministro Celso de Mello no HC n°. 126.292/DF.

¹⁹⁵⁰ A Constituição dos Estados Unidos da América, por exemplo, nada diz a respeito. Mesmo a 14ª emenda apenas assevera que nenhuma pessoa poderá ser privada “da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”, sem fazer qualquer referência ao momento em que se deve iniciar o cumprimento da pena. A Constituição Espanhola tampouco faz referência ao impedimento do trânsito em julgado, embora limite a duração da prisão preventiva (art. 17, n. 2. Sobre o tema, cf. VILLAAMIL, Óscar Alzaga. Op. Cit., p. 161-162). E mesmo a Constituição da República Portuguesa, inspiração direta da nossa Constituição, não traduz a mesma fórmula prevista no art. 5º, inc. LVII, do nosso texto constitucional, pois não estabelece a necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória para fins de formação da culpa (art. 27, n. 2. Sobre o tema, cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Op. Cit., p. 641-642).

circunstância hábil a inverter a presunção de não culpabilidade, transformando o presumidamente inocente em presumidamente culpado. Mas, quando houver absolvição em primeiro grau e condenação em segundo, seria justificável a manutenção dessa inversão? E nos casos de julgamento originário nos tribunais locais, dispondo o réu de foro por prerrogativa de função? Havendo somente a condenação por uma corte de justiça – e, portanto, somente *uma* condenação – ainda assim estaria o tribunal autorizado a executar desde logo a decisão condenatória? Eis aí apenas algumas incongruências que emergem de forma inexorável de tão exótico posicionamento.

No mais, é no mínimo curioso observar-se uma mudança tão drástica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria passada pouco mais de meia década desde a consolidação do entendimento anterior. De lá para cá, não houve qualquer alteração normativa na Constituição que amparasse essa meia volta radical sobre a matéria. Pior. Não se trata sequer de interpretar um texto de uma norma constitucional derivada, como uma emenda constitucional, mas do texto originário da Carta de 1998. O que mudou, então? Salvo a composição do plenário do STF, nada. Talvez resida aí a explicação para tão profunda viragem jurisprudencial.

E quem poderá antecipar a ocasião em que virá a próxima?

IV.3.5.2.2.4 A busca por uma solução definitiva

Talvez seja tempo de reconhecer que o legislador e o próprio Supremo Tribunal Federal têm buscado desviar-se do problema da inefetividade do processo através de mecanismos de burla ao trânsito em julgado da decisão. Foi o que ocorreu com o caso da Lei da Ficha Limpa e com a autorização da prisão após os esgotamentos das instâncias ordinárias. Em ambos os casos, indica-se a assunção de uma posição *paternalista* do Estado. Sob essa óptica, seria o caso de indagar-se: afigura-se correto manter toda a população “numa condição de tutela e minoridade?”¹⁹⁵¹ O mais correto parece ser que não.

A solução, pois, passa pela alteração do próprio *momento* do trânsito em julgado, e não por instrumentos de constitucionalidade duvidosa, que visam apenas a aplacar a sede de justiça da população. Somente assim se atenderia, a um só tempo, à necessidade de redução do entrave processual do STF e ao respeito às garantias fundamentais do cidadão.

¹⁹⁵¹ CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito constitucional**, cit., p. 127.

Na verdade, não há alternativa válida que não passe pela transformação profunda da estrutura desenhada para o reexame de matérias constitucionais em litígios individuais pelo Supremo Tribunal Federal. E tal solução remete necessariamente à transformação do mecanismo de remessa das causas constitucionais de um *recurso* para uma *ação*. Manter-se, ainda que com alguns temperamentos, a sistemática recursal atual, resultará, na melhor das hipóteses, em providência inócua, com pouca aplicabilidade prática.

IV.3.5.3 A importação temperada do modelo português de controle concreto

IV.3.5.3.1 A fiscalização da constitucionalidade em Portugal

Não constitui qualquer segredo de alcova que a Constituição Federal de 1988 teve na Constituição Portuguesa de 1976 sua mais direta inspiração. Tanto no Brasil¹⁹⁵² como em Portugal¹⁹⁵³, procurou-se superar um regime de exceção pretérito por intermédio de um Estado de Direito verdadeiramente democrático, fundado numa carta garantidora dos mais diversos direitos fundamentais. Talvez a explicação pela qual ambas as constituições desenvolvam-se em estilo analítico, com indisfarçável conteúdo programático e social, resida justamente aí.

No que toca ao controle de constitucionalidade, o modelo brasileiro bebeu – ao menos em sua versão original – da mesma fonte da qual se erigiu o sistema de fiscalização normativa lusitano. À semelhança do ordenamento português, também no Brasil convivem lado a lado um controle incidental de natureza concreta, de base estadunidense, e um controle concentrado de natureza abstrata, de cariz austríaco.

De igual, os dois ordenamentos guardam entre si a mesma lógica de funcionamento em relação ao modo com o qual se deflagra o controle de constitucionalidade. Enquanto o controle abstrato desenvolve-se numa perspectiva de legitimação limitada¹⁹⁵⁴, com jurisdição exclusiva da Corte Constitucional¹⁹⁵⁵, o controle concreto opera numa compreensão de ampla legitimidade, podendo, em tese, qualquer

¹⁹⁵² MIRANDA, Jorge. **O regime de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal**, cit., p. 1.

¹⁹⁵³ ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição de 1976**. Coimbra: Almedina, 2006, v.1, p. 519.

¹⁹⁵⁴ Cf. art. 281, n. 2, da Constituição da República Portuguesa, e art. 103 da Constituição Federal de 1988.

¹⁹⁵⁵ Cf. art. 281, n. 1, da Constituição da República Portuguesa, e art. 102, inc. I, da Constituição Federal de 1988.

cidadão alcançar a instância máxima de decisão em matéria de interpretação da Constituição¹⁹⁵⁶.

Ocorre que, no sistema português, o Tribunal Constitucional estrutura-se à semelhança do modelo austríaco de jurisdição abstrata¹⁹⁵⁷. É dele a competência exclusiva para decidir, com força obrigatória geral, questões de inconstitucionalidade ou legalidade de normas¹⁹⁵⁸. Embora detenha o monopólio da última palavra nos casos de fiscalização concreta de constitucionalidade, a competência do Tribunal Constitucional português limita-se à questão legal ou constitucional subjacente, a funcionar em regime cassatório¹⁹⁵⁹. Não há, portanto, o julgamento da causa particular por parte da Corte.

Também é certo que o Tribunal Constitucional integra a estrutura do Poder Judiciário, mas não sem algumas ressalvas quanto ao seu enquadramento¹⁹⁶⁰. Por exemplo, seus conselheiros possuem mandato definido na Constituição (9 anos) e são escolhidos, preponderantemente, segundo critérios de ordem política, sem embargo da posterior adesão de seus integrantes a uma perspectiva fundamentalmente jurídica¹⁹⁶¹.

No sistema brasileiro, ao revés, o Supremo Tribunal Federal desempenha dupla função. No âmbito do controle abstrato, funciona o Tribunal como verdadeira Corte Constitucional, produzindo sentenças *erga omnes* com eficácia vinculante¹⁹⁶². No âmbito do controle concreto, adquire o STF feições de Suprema Corte, último refúgio dos

¹⁹⁵⁶ Cf. art. 280 da Constituição da República Portuguesa, e art. 102, inc. III, da Constituição Federal de 1988.

¹⁹⁵⁷ Jorge Miranda e Rui Medeiros, por exemplo, afirmam que, no âmbito da Revisão Constitucional de 1982, “entendeu-se que era altura de formar um verdadeiro e próprio Tribunal Constitucional, com jurisdição plena no domínio de todas as modalidades de fiscalização abstracta (preventiva, sucessiva e de inconstitucionalidade por omissão) e como supremo tribunal de recurso na fiscalização concreta e a que se agregariam ainda outras competências de contencioso constitucional”. (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t. 3, p. 249).

¹⁹⁵⁸ Cf. art. 281, n. 1, da Constituição da República Portuguesa.

¹⁹⁵⁹ Cf. art. 280, n. 6, da Constituição da República Portuguesa.

¹⁹⁶⁰ Para parte da doutrina, por exemplo, o Tribunal Constitucional não se revela somente uma corte de justiça, mas um órgão constitucionalmente autónomo dotado de competência para regular o processo constitucional (CANOTILHO; J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 984 e ss.). Para outra parcela, entretanto, “seria excessivo encarar o Tribunal Constitucional” no plano de regulação do processo político-constitucional, malgrado suas indiscutíveis funções políticas, em especial como “**instrumento de garantia e actualização da Constituição como contrato social**”. (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Op. Cit., p. 250 – negrito do original).

¹⁹⁶¹ Cf. art. 222 da Constituição da República Portuguesa. O Prof. Jorge Miranda, por exemplo, aponta que “num Tribunal Constitucional ou em órgão homólogo podem e devem coexistir diversas correntes jurídicas e jurídico-políticas; e, mesmo se, em órgão parlamentar, se dá a interferência dos partidos nas candidaturas (porque, quer se queria quer não, a democracia atual é uma democracia *de* partidos ou *com* partidos), essas correntes atenuam-se e, aparentemente, diluem-se, em virtude dos fatores objetivos da interpretação, da necessidade de fundamentação das decisões, e, sobretudo, em virtude de fenómeno de institucionalização que cria dinâmica e autonomia do órgão” (MIRANDA, Jorge. Sobre a composição do Tribunal Constitucional português. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (cordas). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Almedina: São Paulo, 2012, p. 17).

¹⁹⁶² Cf. art. 102, §2º, da Constituição Federal de 1988.

recorrentes, julgando não apenas as questões constitucionais subjacentes, mas também o mérito das demandas. À diferença do esquema lusitano, vigora no Brasil um sistema de substituição¹⁹⁶³.

Dentro desse modelo misto, o Supremo situa-se dentro da estrutura do Poder Judiciário, organizando-se como seu órgão de cúpula¹⁹⁶⁴. Como tal, seus membros possuem a garantia da vitaliciedade, somente deixando o cargo por vontade própria ou quando atingirem a idade-limite de 75 anos¹⁹⁶⁵. Nesse sentido, posto sejam indicados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal, a escolha dos ministros da Corte obedece, em regra, critérios preponderantemente jurídicos.

IV.3.5.3.2 A problemática da salvaguarda dos “três casos concretos”

Embora concentre 95,4% dos feitos nos quais são discutidos matérias constitucionais, a fiscalização concreta em Portugal padece do mesmo problema estrutural identificado no Brasil: a solução com efeitos apenas *inter partes* da Justiça Constitucional, alternativa da qual resulta inegável “incerteza e morosidade processual”. Disso resulta a incongruente constatação de que, em que pese revelar-se o “principal pilar do sistema”, a sistemática acaba por favorecer “o uso processual indevido pelos advogados, com fins dilatórios para entorpecer os processos ou para paralisar a execução das sentenças”¹⁹⁶⁶.

A despeito a dualidade concreto-abstrato esteja presente no sistema de fiscalização de constitucionalidade português, o legislador constituinte lusitano produziu uma interessante ressalva: a possibilidade de que se emprestar, nos casos de fiscalização concreta, força obrigatória geral às decisões da Corte Constitucional. De acordo com o normativo constitucional, se o Tribunal Constitucional reconhecer a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de uma norma em três casos concretos, a sentença prolatada não se limitará à interpretação da norma debatida somente no caso particular, mas, sim, estenderá seus efeitos a qualquer caso, com força obrigatória geral¹⁹⁶⁷.

Posto sua engenhosidade, a solução arquitetada pela Revisão Constitucional de 1982 não deixou de gerar certa perplexidade na comunidade jurídica

¹⁹⁶³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 618-619.

¹⁹⁶⁴ Cf. art. 92, inc. I, da Constituição Federal de 1988.

¹⁹⁶⁵ Cf. art. 40, inc. II, c/c com art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1988.

¹⁹⁶⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **A insuficiência dos efeitos *inter partes* das decisões...**, cit., p. 53-54. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁹⁶⁷ Cf. art. 281, n. 3, da Constituição da República Portuguesa.

lusitana. Se por um lado o texto constitucional foi inequívoco ao renegar força obrigatória geral às decisões prolatadas em sede de fiscalização concreta, por outro não esclareceu de que modo “se opera a passagem do controle concreto para a fiscalização abstracta sucessiva”¹⁹⁶⁸.

Outra perplexidade comumente referida pela doutrina diz respeito à possibilidade de que o Tribunal Constitucional atue *ex officio*, isto é, independentemente da provocação de qualquer parte. De fato, de acordo com o texto constitucional, seria possível atribuir à Corte a competência para deflagrar a fiscalização em abstrato automaticamente após o terceiro julgamento sobre a mesma questão constitucional, emprestando-lhe força obrigatória geral. Nesse sentido, o legislador ordinário atribuiu a “qualquer dos juízes” do Tribunal Constitucional ou ao Ministério Público o poder de iniciativa da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Trata-se, sem dúvida de “solução anómala”, que suscita dúvidas sobre a garantia da imparcialidade no julgamento da questão pelos integrantes da Corte¹⁹⁶⁹.

As críticas mais comuns a esse modelo de controle de constitucionalidade que transita do concreto para o abstrato dizem respeito ao parâmetro objetivo estabelecido pelo legislador constituinte lusitano: a exigência de prévio julgamento de três casos concretos. Ao regulamentar esse dispositivo, o legislador ordinário foi além e determinou que, nessa hipótese, a decisão com força obrigatória geral somente poderá ter lugar *após o julgamento do terceiro caso*, ou seja, do quarto em diante¹⁹⁷⁰.

Há quem enxergue virtude nesse sistema. A salvaguarda dos “três casos concretos” serviria a impedir “uma excessiva influência dessa relação ou situação da vida concreta sobre a apreciação da inconstitucionalidade na perspectiva global do sistema jurídico”¹⁹⁷¹. Para além disso, o mecanismo teria a virtude de submeter o julgamento da questão constitucional à “*prova do tempo*”, de modo a prevenir juízos açodados sobre a compatibilidade da norma impugnada com a Constituição¹⁹⁷².

¹⁹⁶⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Op. Cit., p. 810. Todo o parágrafo foi escrito com base no pensamento dos referidos doutrinadores.

¹⁹⁶⁹ Cf. art. 82º da Lei de Organização do Tribunal Constitucional. Há quem defenda, por exemplo, que, se a fiscalização abstrata for suscitada por um dos juízes da corte, aquele que teve tal iniciativa deve afastar-se do julgamento. Nesse sentido, cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Op. Cit., p. 811.

¹⁹⁷⁰ Cf. art. 82º da Lei de Organização do Tribunal Constitucional.

¹⁹⁷¹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Op. Cit., p. 811.

¹⁹⁷² MORAIS, Carlos Blanco de. *A insuficiência dos efeitos inter partes das decisões...*, cit., p. 58. Grifo do original.

Por outro lado, parte relevante da doutrina enxerga nessa cláusula um entrave inútil, sem qualquer justificativa jurídico-dogmática. De acordo com quem postula a necessária superação desse paradigma, não faz sentido exigir-se a reiteração de julgados sobre uma mesma norma, se tal não é exigido de cortes congêneres, como a alemã, a italiana e a espanhola. A rigor, tal mecanismo só serve para lançar dúvidas imerecidas sobre a capacidade dos juízes do Tribunal Constitucional português, supostamente inseguro das decisões que toma¹⁹⁷³.

No mais, parece sobretudo estranho alegar-se que, se estivesse em causa um caso concreto, o Tribunal Constitucional adotaria solução diversa da que em regra seria adotada no caso de fiscalização abstrata. Esse juízo hipotético revela-se quase “psicanalítico”. Na medida em que revela mera especulação, não há contra-argumentação científica possível. Se alguma vez a ressalva fez sentido, a salvaguarda dos “três casos concretos” já há muito deixou-se de fazer necessária, presente uma “jurisdição adulta com quase trinta anos de jurisprudência consolidada”¹⁹⁷⁴.

Um dado curioso que afasta o sistema português – de trânsito da fiscalização concreta para a fiscalização abstrata – da súmula vinculante é a inexistência de vinculação, no primeiro caso, às decisões precedentes. É dizer: no caso do Tribunal Constitucional, a ressalva dos “três casos” não obriga a Corte a seguir o entendimento formulado nos casos anteriores, ao produzir uma sentença com força obrigatória geral¹⁹⁷⁵. No caso brasileiro, ao contrário, impõe-se ao Supremo Tribunal Federal que siga o entendimento perfilado nos casos precedentes ao editar uma súmula vinculante. É o que se subsume de maneira incontornável do vocábulo “reiteração”, inserido no normativo constitucional autorizador do mecanismo. Ou seja: quando vai editar uma súmula vinculante, o STF está de certa forma *vinculado* às decisões em controle concreto que já proferiu. Do contrário, de súmula vinculante não se poderá cuidar.

Há de destacar-se que, mesmo em Portugal, a ressalva de há muito deixou de fazer sentido prático. São raríssimos os casos em que das decisões proferidas em controle concreto não resulta a extirpação em definitivo da norma do ordenamento através de fiscalização abstrata, com força obrigatória geral, o que autoriza a conclusão de que tais hipóteses não representam senão parcela marginal do conjunto dos julgados. A demora na

¹⁹⁷³ MORAIS, Carlos Blanco de. **A insuficiência dos efeitos *inter partes* das decisões...**, cit., p. 58.

¹⁹⁷⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **A insuficiência dos efeitos *inter partes* das decisões...**, cit., p. 59.

¹⁹⁷⁵ BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Subsistência do control difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Almedina: Lisboa, 2012, p. 97.

convolação das inconstitucionalidades em concreto para inconstitucionalidades em abstrato permitem a subsistência, por dois ou três anos, de normas “*zombies*”, cujo fim já se prenuncia. E aí a pergunta se impõe: “para quê este espúrio arrastamento se o desfecho é quase sempre a confirmação dos acórdãos anos mais tarde?”¹⁹⁷⁶

Eis, em resumo, a pergunta que não quer calar.

IV.3.5.3.3 A proposta para o caso brasileiro

IV.3.5.3.3.1 A atribuição de eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões em controle concreto

Se o sistema português de transição entre o controle concreto e o controle abstrato, com a salvaguarda dos “três casos”, não se apresenta como solução eficaz para a problemática da multiplicação de recursos no Supremo Tribunal Federal, qual seria então a alternativa?

Há quem se insurja contra o próprio efeito vinculante atribuído às decisões proferidas em controle abstrato pelo Supremo Tribunal Federal e também no caso das súmulas de natureza vinculativa. O problema é que a eliminação pura e simples do efeito vinculante, ou mesmo de instrumentos de reforço da legitimação, como a ação declaratória de constitucionalidade, tende a ignorar o poderoso efeito inibidor que uma tal decisão do Supremo Tribunal Federal irradia.

Com efeito, ao estabelecer-se, desde logo, a constitucionalidade da norma em disputa, apondo-se à decisão obrigatoriedade vinculativa aos demais juízos do país, está-se, de forma direta, demovendo-se os particulares de se insurgirem contra a aplicação dessa norma por meio de várias e pulverizadas ações judiciais. Na medida em que a decisão do Supremo constitui-se em última palavra sobre a matéria, qualquer tentativa em sentido contrário resultaria infrutífera, quando não manifestamente inútil. Logo, qualquer solução nesse sentido não precisa passar – mais que isso, não *pode* passar – pela simples supressão desses mecanismos, garantes que são d’alguma margem de segurança jurídica ao sistema.

Além disso, qualquer mudança na sistemática recursal brasileira deve atender a uma diretriz incontornável: não se pode alcançar a efetividade judicial a qualquer

¹⁹⁷⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **A insuficiência dos efeitos *inter partes* das decisões...**, cit., p. 59-60. Itálico do original. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

custo. Um Poder Judiciário lento certamente reproduz uma noção malévola de Justiça. Mas daí não decorre a conclusão de que um Judiciário muito veloz implique necessariamente a idéia de uma Justiça adequada¹⁹⁷⁷. Deve-se, pois, buscar sempre o meio termo, alcançando um ponto de equilíbrio ótimo em que as decisões judiciais chegam ao seu final e são executadas em prazo razoável, mas sem que para isso tenha de haver sacrifícios a direitos consagrados universalmente, como o contraditório e a ampla defesa.

À falta de resposta suficientemente segura para a questão acima suscitada, é tempo de indagar-se: por que não adotar um modelo através do qual as sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, seja em controle concreto, seja em controle abstrato, revistam-se de força obrigatória geral¹⁹⁷⁸ (ou eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para ficarmos com a nomenclatura brasileira)?

Como se sabe, a restrição de alcance da sentença de morte da norma inquinada, em virtude da natureza intrínseca do controle concreto de constitucionalidade, redundaria na indesejável possibilidade de que essas mesmas normas insepultas acabem por continuar a ser aplicadas a casos concretos, gerando consequente insegurança jurídica¹⁹⁷⁹. Por outro lado, o controle concentrado possui a inegável qualidade de “filtrar” os interesses particulares dos litigantes, impedindo que se assenhem da fiscalização da constitucionalidade das normas, o que implicaria desprestígio e verdadeiro “sequestro” das funções das cortes constitucionais¹⁹⁸⁰.

Até agora, o legislador constituinte derivado e o legislador ordinário procuraram contornar essa problemática desenvolvendo mecanismos de restrição de acesso ao Supremo Tribunal Federal. A súmula vinculante e a repercussão geral são, sem dúvida, os exemplos mais claros dessa tendência. A experiência, contudo, demonstra que, a cada surto legislativo de restrição de acesso, correspondia uma diminuição na quantidade de processos julgados pelo Tribunal com eficácia limitada no tempo. Alguns anos depois de cada mudança legislativa, os números voltavam a crescer, a ponto de superar a quantidade inicial existente antes de operada a mudança.

Para alcançar o objetivo de diminuir a sobrecarga de trabalho imposta ao STF sem, entretanto, desmontar o sistema de fiscalização de constitucionalidade imaginado pelo constituinte de 1988, parece incontornável concluir que as decisões

¹⁹⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In **Temas de direito processual: 8ª série**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

¹⁹⁷⁸ Proposta semelhante já foi formulada pelo Prof. Blanco de Moraes para o caso português. Nesse sentido, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 1031.

¹⁹⁷⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **A insuficiência dos efeitos *inter partes* das decisões...**, cit., p. 55.

¹⁹⁸⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **A insuficiência dos efeitos *inter partes* das decisões...**, cit., p. 55.

proferidas pelo Supremo em sede de repercussão geral devam ter o mesmo grau de eficácia atribuído às suas decisões em controle abstrato. Dispensando-se o mecanismo da súmula vinculante e sua discutível compatibilidade com o núcleo duro da Constituição, pode-se imaginar essa equiparação da seguinte forma:

Uma vez julgado o caso concreto, através de ação rescisória constitucional, tal decisão seria dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Ao extrapolar os limites do processo, a sentença teria alcance igual ao do das decisões proferidas em controle abstrato, dispensando inclusive posterior ajuizamento de ADC, Adin ou ADPF para sindicar a norma inquinada. Com isso, seria alcançada a mesma segurança jurídica obtida pelo controle concreto, sem ceifar a competência para fiscalização da constitucionalidade das normas pelas instâncias ordinárias de jurisdição.

IV.3.5.3.3.2 A inviabilidade do recurso à sumula vinculante e a questão do “Supremo Tribunal de Reclamações”

Pode-se questionar se a adoção da súmula vinculante não resolveria desde logo essa controvérsia, sem a necessidade de nova alteração do texto constitucional. A resposta, contudo, é negativa.

Para além de a experiência prática denunciar que a súmula vinculante resultou somente no aumento no número de ajuizamento de reclamações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal, a perspectiva de “reiteração” de julgados remete, de modo quase automático, à salvaguarda dos “três casos concretos” estatuída pelo legislador constituinte português. Caiu-se, portanto, na mesma armadilha já denunciada pela doutrina no caso lusitano. A bem da verdade, não faz sentido esperar a ocorrência de novos casos a tratar sobre a mesma matéria, ou mesmo “obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta” com vistas a “produzir uma decisão que já se sabe qual é!”¹⁹⁸¹. Talvez resida aí a explicação pela qual a súmula vinculante não se configurou como resposta a essa problemática, salvo se passarmos a adotar a extravagante “técnica” empregada quando da edição da Súmula Vinculante nº. 11, depauperando a literalidade do texto constitucional. Na verdade, por essa nova sistemática, “as súmulas vinculantes são plenamente dispensáveis, porque os efeitos que elas produzem já decorrem diretamente das próprias decisões concretas”¹⁹⁸².

¹⁹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 130.

¹⁹⁸² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, cit., p. 561.

Fora isso, deve-se recordar que, sob um prisma estritamente jurídico, a súmula vinculante torna-se, na prática, de eficácia nula ao ser colocada ao lado de um recurso extraordinário com repercussão geral. Na medida em que a repercussão geral funciona a partir da seleção de um único caso representativo da controvérsia, através de cujo julgamento serão decididos todos os casos similares, não subsiste sequer a possibilidade lógica de haver *mais de um* caso a ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, um dos requisitos basilares à edição de súmula vinculante torna-se virtualmente impossível de ser respeitado. Ou o sistema trabalha na base da *reiteração* – e, para isso, não pode subsistir um recurso extraordinário com repercussão geral –, ou então assume a possibilidade de uma mesma matéria ser julgada pelo STF por mais de uma oportunidade – viabilizando a edição posterior de súmula vinculante.

Deixando-se de lado a problemática quanto à sua duvidosa adequação ao princípio da tripartição funcional dos poderes tal qual estruturado pelo constituinte de 1988, uma solução que passe pela manutenção do mecanismo da súmula vinculante esbarraria no mesmo problema já identificado alhures: o atalhamento da tortuosa via recursal, com a potencial remessa de todas as causas constitucionais diretamente ao STF pela via da reclamação, prescindindo-se da atuação das instâncias ordinárias. É dizer: a súmula vinculante não resolve a questão da sobrecarga de trabalho do Judiciário. Ela apenas a transfere das instâncias ordinárias para o Supremo, possivelmente a corte menos indicada dentro do nosso sistema judicial para lidar com tamanha quantidade de demandas.

Em verdade, esse novo desenho funcional em nada abalaria a perspectiva dual de nossa justiça constitucional, visto que a coexistência de um modelo concreto de base difusa com um modelo abstrato de viés concentrado revela tendência indiscutível do “sistema europeu do pós-guerra”¹⁹⁸³. Garante-se, simultaneamente, a conservação dos poderes fiscalizatórios das instâncias ordinárias, “como manda a nossa tradição constitucional”, mas se assegura também a concentração na cúpula, favorecendo a segurança jurídica e homenageando a celeridade processual¹⁹⁸⁴. Tal alteração traria ainda incontestáveis vantagens em termos de “segurança jurídica, de economia, de simplificação processual, de poupança de recursos financeiros e de combate à morosidade”¹⁹⁸⁵. Além de

¹⁹⁸³ RAMOS, Elival da Silva. **A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, cit., p. 85.

¹⁹⁸⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **A insuficiência dos efeitos *inter partes* das decisões...**, cit., p. 60.

¹⁹⁸⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Reforma e simplificação do processo constitucional em Portugal**, cit., p. 267.

não encerrar “uma fórmula muito clara”¹⁹⁸⁶, uma conformação desse cariz conduziria à esdrúxula “situação de arrastamento da vigência de normas já julgadas inconstitucionais em controlo concreto pelo próprio Tribunal Constitucional”¹⁹⁸⁷.

IV.3.5.3.3.3 A constitucionalidade da medida

Há quem diga que haveria inconstitucionalidade decorrente da alteração do *momento* em que se constituiria a coisa julgada. Para os críticos, a PEC Peluso resultaria em violação à garantia da imutabilidade da decisão judicial passada em julgado, contrariando, portanto, o princípio da segurança jurídica¹⁹⁸⁸.

Tal posição, contudo, é de difícil sustentação, na medida em que o sistema processual brasileiro convive há mais de cinco décadas com a ação rescisória, sem qualquer questionamento acerca de eventual violação ao princípio da segurança jurídica decorrente de sua criação. Aliás, é possível até estruturar o mesmo raciocínio ao inverso: quando se consome inutilmente o tempo das partes e do Judiciário com a interposição de recursos que, em mais de 95% dos casos, não resultarão em modificação do julgado, é a própria segurança jurídica que se revela abalada.

Outro ponto a ser destacado refere-se ao prazo. No caso da ação rescisória propriamente dita, tem-se um prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da demanda. Na proposta da ação rescisória constitucional, o prazo – também de natureza decadencial – seria de apenas quinze dias. Se a existência de uma ação destinada a destruir a coisa julgada por largos dois anos desde sua constituição não constitui qualquer embaraço à segurança jurídica, menor é a razão para preocupações com eventuais inseguranças decorrentes de uma ação que deve ser manejada em pouco mais de duas semanas.

Outra crítica que se pode fazer é justamente ao efeito mesmo da aprovação da proposta, isto é, à antecipação do trânsito em julgado da decisão. É certo que haverá casos de pessoas que iniciarão o cumprimento de suas penas criminais ou sofrerão algum tipo de expropriação forçada antes do julgamento de suas ações rescisórias

¹⁹⁸⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, t. 6, cit., p. 280.

¹⁹⁸⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Reforma e simplificação do processo constitucional em Portugal**, cit., p. 267.

¹⁹⁸⁸ FILARDI, Hugo. Análise crítica da proposta de emenda constitucional dos recursos (PEC 15/2011): proposta de compatibilização dos princípios constitucionais do acesso à Justiça, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, duração razoável do processo e efetividade da tutela jurisdicional. In **Revista de Processo**. Vol. 201. Ano 36. p. 203-220. São Paulo: RT, novembro/2011, p. 212.

constitucionais. Todavia, conforme demonstrado acima, o índice de reversão de decisões locais pelo Supremo Tribunal Federal é estatisticamente diminuto, não justificando a manutenção da atual sistemática que atravança a Corte com dezenas de milhares de recursos por ano.

De mais a mais, mesmo nos poucos e prováveis casos em que se dê o provimento das ações rescisórias constitucionais, a parte não ficará desamparada. Nessas hipóteses, o sistema responde com os conhecidíssimos mecanismos de responsabilização civil do Estado (no caso das ações penais)¹⁹⁸⁹ e da reversão do provimento cível final (de que são exemplo as garantias exigidas no caso da execução provisória da sentença)¹⁹⁹⁰. Se, eventualmente, o condenado sofrer encarceramento e, depois, vier a ter sua condenação revertida pelo Supremo Tribunal Federal, o tempo em que passou na prisão poderá ser objeto de ação indenizatória em face do Estado. Da mesma forma, se o sujeito vier a ser expropriado de seus bens numa condenação em demanda cível, nada impede que venha a obtê-los novamente – ou o seu equivalente em dinheiro – daquele que indevidamente lhe executou. Não há, portanto, qualquer incongruência insolúvel na sistemática apresentada.

IV.3.5.3.3.4 Uma verdade inconveniente

Se é assim, por que só agora propôs-se semelhante alteração em nossa sistemática processual?

À boca miúda, murmura-se uma verdade inconveniente: o sistema não muda porque não interessa ao Estado modificá-lo. As pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça mostram que o setor público é, de longe, o principal consumidor do sistema judicial. Nada menos do que 75% das causas possui alguma entidade estatal como parte e, nesse universo, em quase 90% das ações o ente público figura na condição de réu¹⁹⁹¹.

A conclusão, pois, é uma só: a atual sistemática de protelação *ad infinitum* das decisões judiciais definitivas decorre do fato de que não interessa aos governos, em todos os níveis, alterá-la. Antes de representar um estorvo, tal arranjo

¹⁹⁸⁹ Sobre o tema, cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 560; e BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 483.

¹⁹⁹⁰ Nesse sentido, cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit., p. 1084 e ss.

¹⁹⁹¹ Conselho Nacional de Justiça. Os 100 maiores litigantes. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 14 jun. 2016.

representa um bálsamo para um esquema governamental pouco afeito ao cumprimento de decisões judiciais.

IV.3.5.4 A solução para a modulação de efeitos

Além de resolver a problemática da incompatibilidade lógico-jurídica entre repercussão geral e súmula vinculante, a solução ora desenhada traria consigo a vantagem de resolver a questão da modulação dos efeitos das decisões proferidas em controle concreto. Uma vez que desse tipo de processo resultaria decisão dotada de igual dignidade atribuída às decisões de controle abstrato, não seria de todo estranho admitir que também aqui fosse possível ao Supremo Tribunal Federal, mediante rigoroso juízo de ponderação, restringir a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Como se sabe, no âmbito da fiscalização de constitucionalidade, seja concreta, seja abstrata, os poderes do Supremo Tribunal Federal são de “destruição maciça”, exatamente porque da sua decisão resulta o expurgo na norma inconstitucional com efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*¹⁹⁹². Dessa forma, se o nosso sistema de fiscalização normativa assenta-se na premissa de que a norma inconstitucional é *nula*, dela não podendo derivar quaisquer efeitos, a salvaguarda para aplicação dessa sanção também deve ter sede constitucional, tal como se passou em Portugal¹⁹⁹³. Por isso mesmo, dentre as alternativas apresentadas, a única que se coaduna com o texto constitucional é aquela que advoga a possibilidade de que o STF suspenda a aplicação da norma inquinada de invalidade. De fato, não há conclusão outra senão a de que a aplicação de uma lei já declarada inconstitucional vulneraria de maneira irremediável a supremacia normativa da Constituição¹⁹⁹⁴. Sob esse ângulo, toda modulação efetuada pelo STF, seja em controle abstrato, seja em controle concreto, implicaria de *per si* violação direta à Constituição, por assentir com a validade – ainda que precária – de norma com ela incompatível.

Não se ignora, contudo, que a possibilidade de modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade surge como necessidade quase incontornável da jurisdição constitucional. O abandono do preceito que encerra a nulidade absoluta da lei

¹⁹⁹² TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 49.

¹⁹⁹³ Para a lembrança ao art. 282, n. 4, da Constituição da República Portuguesa, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. A Interpretação dos princípios constitucionais como parâmetros de controle de constitucionalidade em tempos de crise econômico-financeira. In MORAIS, Carlos Blanco de; e MENDES, Gilmar Ferreira. **III Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional**. Brasília; IDP, 2015, p. 17.

¹⁹⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **As decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos**, cit., p. 221.

declarada inconstitucional fundamenta-se na “necessidade de preservar o Direito contra a descontinuidade”. Por isso mesmo, toda modulação de efeitos não é senão uma busca pelo delicado “equilíbrio entre o princípio da constitucionalidade e a insegurança jurídica”¹⁹⁹⁵.

Em verdade, já há algum tempo “se reconhece tendencialmente à jurisdições constitucionais supremas a competência, expressamente prevista ou de que elas próprias se arrogaram, para uma larga margem de fixação, ampliativa ou restritiva, dos efeitos normalmente associados às declarações de inconstitucionalidade”. Embora essa “capacidade de *manipulação*” não tenha como se desvincular de uma “forte presença de apreciações políticas”, é certo que não deixa de condizer “com a natureza especial – relativamente à tradicional tripartição dos poderes – que as jurisdições constitucionais assumem na separação de poderes própria do Estado de Direito dos nossos dias”¹⁹⁹⁶.

O grande perigo por trás das técnicas modulatórias das decisões proferidas pela Justiça Constitucional consiste na relativização do caráter normativo e hierárquico da Constituição, na medida em que sua higidez resulta violada quando se admite, ainda que temporariamente, a validade de uma lei inconstitucional¹⁹⁹⁷. Com efeito, o poder outorgado aos tribunais constitucionais de modular os efeitos de suas próprias decisões assenta-se, principalmente, na necessidade de observância do interesse público. Todavia, esse exercício, ordinariamente estranho a órgãos judiciais, destaca uma conduta com acentuado caráter político, embora não seja o bastante para entender que atue no campo legiferante¹⁹⁹⁸.

Para mantermo-nos coerentes com a crítica já exposta anteriormente, seria necessário aqui também um pequeno ajuste no nosso texto constitucional, de maneira a contemplar a excepcionalidade da medida. Nessa linha, a abertura de uma janela de validade para a lei declarada inconstitucional, especialmente no caso das declarações de inconstitucionalidade *pro futuro*, não guarda compatibilidade com a noção presente no ordenamento nacional segundo a qual toda norma incompatível com a Constituição deve ser sancionada com nulidade¹⁹⁹⁹. Logo, seria necessário emendar a Constituição para, a exemplo do que se passou com a Constituição Portuguesa, prever-se a possibilidade de

¹⁹⁹⁵ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 49. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁹⁹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 179. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁹⁹⁷ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 53. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento do referido doutrinador.

¹⁹⁹⁸ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, cit., p. 51.

¹⁹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **As decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos**, cit., p. 220.

modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quer em controle abstrato, quer em controle concreto.

IV.3.6 A alteração do quórum para reconhecimento de repercussão geral

IV.3.6.1 A conveniência da manutenção do mecanismo

Mesmo a transformação do atual recurso extraordinário numa *ação rescisória constitucional* pode não ser suficiente para resolver as dificuldades expressas na quantidade de causas julgadas ano a ano pelo Supremo Tribunal Federal. Antecipa-se, desde logo, a primeira crítica a ser lançada contra essa idéia, que emerge de forma quase intuitiva. A crítica é a seguinte: se milhares de pessoas interpõem anualmente recursos extraordinários, o que impedirá que essa mesma quantidade de pessoas venha a ajuizar ações rescisórias constitucionais? Não se estaria aí simplesmente a mudar o nome do problema, sem o resolver na prática?

A objurgação é de todo pertinente. Do ponto de vista lógico, a simples mudança na forma de acesso à Suprema Corte brasileira não elimina o fato de que a parte continuará a dispor, ao menos em tese, da possibilidade de aceder ao STF. Em outras palavras, a transformação na estrutura do mecanismo de acesso ao Supremo Tribunal Federal não expunge a alternativa de acesso em si. Se é assim, para além da introdução da ação rescisória constitucional, deve-se pensar em um mecanismo simultâneo que impeça a convalidação da nova ação rescisória constitucional em mero sucedâneo fracassado do atual recurso extraordinário.

Mas qual mecanismo seria esse?

IV.3.6.2 *Writ of certiorari* brasileiro?

A primeira idéia que vem à mente é a da importação de uma figura semelhante ao *writ of certiorari* do direito norte-americano. Como se viu anteriormente, o *certiorari* permite à Suprema Corte dos Estados Unidos escolher, com “larguíssima margem de discricionariedade”, os casos que entende suficientemente relevantes para merecem a apreciação da mais alta corte de justiça daquele país²⁰⁰⁰. Se quatro dos nove

²⁰⁰⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, t. 2, cit., p. 1058.

juízes daquela corte entenderem que o caso merece apreciação, a causa será levada a julgamento²⁰⁰¹.

No caso norte-americano, o *writ of certiorari* expressa verdadeiro poder discricionário no que toca às matérias a serem apreciadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Sabe-se que o *writ of certiorari* constitui-se numa peça preliminar na qual se encaminham um breve resumo dos fatos e argui-se a relevância da matéria em termos de jurisdição constitucional. Para salvaguardar esse mecanismo, existem os conceitos de *mootness* e *ripeness*. No primeiro caso, qualifica-se uma determinada controvérsia como ainda pendente de apreciação judicial. Esse, aliás, era o fundamento mais recorrentemente utilizado pela Suprema Corte norte-americana para rejeitar questões relativas ao aborto, visto que o nascimento da criança já consistiria em fato consumado quando da prolação da sentença, exceção feita apenas no famoso caso *Roe vs Wade*. No segundo caso, a Suprema Corte rejeita o julgamento de questões de natureza abstrata ou hipotética, providência mais do que natural, dada a forma com a qual se estrutura seu sistema de fiscalização da constitucionalidade. Por isso mesmo, rejeita-se o julgamento de questões desprovidas de “*justiciability*, isto é, de *justiciabilidade*”, o que, em outros termos, significa que o caso “deve estar *maduro*” para julgamento, evitando-se decisões tomadas em caráter hipotético, sob circunstâncias ainda não experimentadas na vida real²⁰⁰².

Reconheça-se: é enorme a tentação de trazer para o ordenamento brasileiro um mecanismo semelhante ao *writ of certiorari*. A outorga de semelhante discricionariedade aos ministros do Supremo Tribunal Federal resolveria, a um só tempo, a questão da avalanche de causas julgadas pelo Tribunal e conferiria dignidade à atuação do STF como corte constitucional, visto que somente causas efetivamente relevantes seriam julgadas pelos ministros.

Ocorre, contudo, que o sistema brasileiro não parece preparado a aceitar de maneira acrítica o exercício discricionário dos poderes de guarda da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal. É dizer: dificilmente a sociedade e a comunidade jurídica aceitariam a introdução de um sistema de matriz estadunidense, segundo o qual a Suprema Corte pinça casos de sua conveniência para então decidir, decisão de cujos efeitos resulta um parâmetro a ser protegido pelo mecanismo do *stare decisis*. Não é por outra razão que,

²⁰⁰¹ SOUZA, Antonio André Muniz Mascarenhas de. **Repercussão geral sob influência das virtudes passivas no controle de constitucionalidade difuso brasileiro**. Lisboa. BFDUL, 2014, p. 49.

²⁰⁰² CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1407. Lênio Luiz. Op. Cit., p. 1383. Grifos do original. Todo o parágrafo foi construído com base no pensamento dos referidos doutrinadores.

mesmo no âmbito da EC nº. 45/2004, a introdução do requisito para repercussão geral expressou tão timidamente a adesão às teses mais restritivas de acesso à Suprema Corte brasileira. Somente se 2/3 (oito) dos ministros recusarem-na, a causa deixará de ser apreciada pelo STF. Se é assim, qual seria, então, a melhor alternativa?

IV.3.6.3 A inversão do quórum para reconhecimento da repercussão geral

Aparentemente, a resposta para essa questão passa pela manutenção do mecanismo da repercussão geral, efetuando-se, apenas, algumas pequenas alterações em sua sistemática.

Há quem possa pensar que a criação da ação rescisória constitucional torne obsoleto, senão inútil, o mecanismo de repercussão geral. Tal conclusão, contudo, parece apressada, na medida em que a repercussão geral pode desempenhar papel fundamental na restrição de manejo da própria ação rescisória constitucional, diminuindo o potencial volume de ações a serem ajuizadas no Supremo Tribunal Federal.

No caso da alteração do recurso extraordinário para a *ação rescisória constitucional*, a repercussão geral passaria a desempenhar papel diverso. Enquanto no primeiro caso ela se reconduz a uma *requisitos específico de cabimento* do recurso, no segundo ela se tornaria um *pressuposto processual de validade* da ação. Sua análise monocrática pelo relator, portanto, pouco alteraria no organograma geral do processo, segundo o qual compete ao relator observar o atendimento do autor aos requisitos mínimos para processamento da demanda, os quais, se desatendidos, autorizam o julgador a indeferir liminarmente a petição inicial²⁰⁰³. Trata-se de competência deferida desde sempre a qualquer órgão do Poder Judiciário, sem despertar contestações relevantes na doutrina²⁰⁰⁴.

Para resolver o potencial problema que emergiria da transmutação do recurso extraordinário em ação rescisória constitucional, a melhor alternativa parece ser alterar o quórum para reconhecimento da repercussão geral no caso. Abandonando sua característica de pressuposto recursal para transformar-se em requisito de cabimento da ação constitucional, a repercussão geral somente passaria a ser reconhecida se houvesse do lado da sua admissão pelo menos a maioria absoluta do Tribunal, ou seja, seis ministros.

²⁰⁰³ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit., p. 302.

²⁰⁰⁴ Nesse sentido, cf. NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., p. 981.

A rigor, nunca fez muito sentido determinar que a repercussão geral em recurso extraordinário somente não seria reconhecida se 2/3 dos ministros do STF manifestassem-se em sentido contrário. Essa maioria ultra qualificada de oito ministros encontra-se presente na Constituição em apenas duas situações, ambas de caráter excepcional: a aprovação de súmula com caráter vinculante; e a modulação de efeitos nas decisões de fiscalização abstrata de constitucionalidade. De resto, qualquer outra decisão do Supremo resolve-se por maioria simples, exigindo-se apenas a reserva de plenário (maioria absoluta) para casos de declaração de inconstitucionalidade de norma.

Verdadeiramente, a introdução da repercussão geral, nos moldes em que se positivou na chamada “Reforma do Judiciário”, sofreu intenso abalo do lobby da classe advocatícia. Ela, sempre ciosa de sua capacidade de protrair indefinidamente o julgamento de uma causa quando assim lhe convenha, não aceitaria jamais a colocação de uma trava a impedir seu acesso à mais alta corte de justiça do país. Só isso justifica a conformação de um filtro tão permissivo e elástico para algo que, na sua concepção original, destinava-se a diminuir a quantidade de recursos interpostos perante o Supremo Tribunal Federal.

Para alcançar esse resultado, portanto, é necessário repensar a sistemática da repercussão geral. Agora transformada em requisito de cabimento da ação rescisória constitucional, uma causa somente seria conhecida pelo STF caso o autor demonstrasse, de plano, a potencial relevância da matéria para a jurisdição constitucional. Para aferir o atendimento desse requisito, seria necessária a manifestação favorável da maioria absoluta do plenário do Supremo, ou seja, seis ministros. Uma vez não atendida essa maioria qualificada, a ação seria liminarmente rejeitada.

Não se trata, convém esclarecer, de estabelecer um critério puramente arbitrário para o processamento das causas. Na verdade, não seria de todo absurdo pensar na repercussão geral da ação rescisória constitucional como decorrência lógica da regra da reserva de plenário.

Conforme se observou alhures, a cláusula de reserva de plenário, segundo a qual os tribunais – aí incluído o STF – só podem decretar a inconstitucionalidade de norma legal se assim se posicionar a maioria absoluta de seus membros, decorre da presunção de constitucionalidade das leis aprovadas pelo Parlamento. Como o Poder Legislativo haure sua legitimidade diretamente do povo, através do exercício do sufrágio, o respaldo democrático de sua atuação somente pode ser contrabalançado por um poder desprovido de mandato popular se houver, ao menos, indícios bastantes de que a norma aprovada é de fato incompatível com a Constituição. E a

forma encontrada para aferir a existência desses indícios de inconstitucionalidade foi justamente a de reservar a glosa jurídica da lei inquinada ao pronunciamento majoritário da totalidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Ora, se é verdade que a cláusula de reserva de plenário é responsável por equilibrar o balanço contra-majoritário da função de fiscalização de constitucionalidade do STF, por que não admitir que essa mesma cláusula funcione no sentido inverso, isto é, de somente permitir o pronunciamento acerca da (in)constitucionalidade da norma através do consenso da maioria absoluta de seus ministros?

Parece claro que a adoção de regras semelhantes tanto para a declaração de inconstitucionalidade quanto para o próprio conhecimento das causas constitucionais, seja por meio das ações de controle abstrato, seja por meio da ação rescisória constitucional, compatibiliza-se com a sistemática de processamento das ações de fiscalização de constitucionalidade, sem produzir qualquer prejuízo à regra de inafastabilidade da jurisdição²⁰⁰⁵.

De resto, também parece óbvio que a inversão da lógica da repercussão geral, agora no papel de pressuposto de cabimento de ação constitucional, atingiria satisfatoriamente o objetivo geral de diminuir a quantidade de causas julgadas anualmente pelo Supremo Tribunal Federal. Isso permitiria dignificar a própria atividade judicante do STF, desocupando-o de questões irrelevantes e menores, hoje imiscuídas e perdidas na inextricável exorbitância de feitos que se acumulam nos escaninhos do Tribunal.

IV.3.7 Vantagens da proposta apresentada

Mas por que a proposta que ora se desenha seria melhor do que as iniciativas anteriormente adotadas? Por que a ação rescisória suplantaria a súmula vinculante, a repercussão geral e a reclamação constitucional, tal como estruturadas hodiernamente? É possível supor que a ação rescisória constitucional ficaria imune à tendência de reversão da queda numérica de processos, uma vez ultrapassado certo prazo?

Tudo indica que sim.

Em primeiro lugar, a ação rescisória constitucional traz como vantagem sua singeleza. Trata-se da proposta que carrega a menor redistribuição de competências no arranjo institucional brasileiro. Não haveria, por exemplo, a criação de uma corte

²⁰⁰⁵ Cf. art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, cf. AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 219-220.

exclusivamente constitucional, situada à margem do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal continuaria a ostentar a dupla competência que hoje possui – Suprema Corte e Corte Constitucional – sem que, para diminuir a quantidade de processos que julga ano a ano, fosse necessário outorgar-lhe competências legiferantes. No fundo, trata-se apenas de transmutar a atual sistemática recursal, abandonando a regra segundo a qual o recurso extraordinário funciona como *recurso* e passando a tratá-lo como *ação*.

Em segundo lugar, o fator estatístico sugere uma possibilidade de sucesso muito maior da ação rescisória constitucional frente a todas as outras alternativas até então ensaiadas em conjunto pelo legislador e pelo próprio Supremo. Desde a Constituição de 1988 até agora, pouco mais de 2.500 ações rescisórias foram protocoladas no STF. Em 2017, por exemplo, foram apenas 40 petições dessa variedade processual²⁰⁰⁶.

E por que a ação rescisória não teria o mesmo destino, por exemplo, do recurso extraordinário ou mesmo da reclamação, que cresce exponencialmente a cada ano?

A resposta é simples. Tratando-se de *ação*, e não de *recurso*, a rescisória constitucional desde logo inibe o caráter meramente protelatório que por vezes permeia a segunda categoria. Como seu ajuizamento não impede a execução do julgado, seja em matéria cível, seja em matéria penal, poucas partes sentirão necessidade de apresentá-la somente para o efeito de protrair a implementação do título condenatório. O condenado criminalmente começará a cumprir a pena. E o responsável civilmente será de pronto sujeito à expropriação de seus bens para pagamento da dívida.

Para além da inviabilidade da postergação do cumprimento da decisão, a ação rescisória, por sua própria estrutura, inibe o ajuizamento descompromissado do processo. Considerando ser requisito de procedibilidade o depósito judicial de quantia equivalente a 5% do valor da causa que se pretende rescindir²⁰⁰⁷, unicamente nas hipóteses em que a parte esteja de fato segura do equívoco da decisão será possível cogitar do ajuizamento da rescisória. Não haverá, como infelizmente há hoje, a interposição de recurso infrutífero, procrastinatório, sem a menor perspectiva de ver a decisão reformada na instância superior.

Saindo do esquema estéril de condenação sucumbencial, que permanece a mesma independentemente da quantidade de vezes em que se recorre no processo, a nova sistemática a ser implementada pela ação rescisória constitucional tende a exercer um

²⁰⁰⁶ Cf. Estatísticas de processos do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio>.

²⁰⁰⁷ Cf. art. 968, inc. II, do Novo Código de Processo Civil. Sobre o tema, cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., p. 2083-2094.

poderoso efeito inibitório nas instâncias ordinárias. Com a execução imediata do julgado e a obrigação de depositar *initio litis* importância equivalente a 5% da demanda em questão, pode-se intuir que somente nas causas em que a parte genuinamente acredite na viabilidade do recurso (ou da ação, neste caso) haverá provocação para que o STF se manifeste sobre a matéria.

Como a ação rescisória constitucional atingisse seu objetivo de reduzir dramaticamente a quantidade de recursos que hoje desagua no STF, não faria mais sentido a existência da súmula vinculante. Se o propósito do verbete enunciativo era justamente impedir a chegada da assustadora avalanche de recursos extraordinários derivados das instâncias inferiores, não seria mais necessário recorrer a esse mecanismo para alcançar igual efeito. Seria extirpada também, por conseguinte, qualquer discussão acerca da duvidosa constitucionalidade do próprio instituto da súmula vinculante, frente ao princípio da separação de poderes, assim como a inviabilidade prática que dela decorre quando confrontada com o mecanismo da repercussão geral.

Finda a súmula vinculante, o caminho natural seria que o Supremo revisse sua mudança no entendimento acerca do cabimento da reclamação constitucional. Apesar de o remédio não mais servir a um instrumento que se pretende extinto (a súmula vinculante), restaria ainda a possibilidade de emprego da reclamação nos casos de julgamentos em sede de controle abstrato de normas (Adin, ADC e ADPF).

Para fugir do estigma de “Supremo Tribunal de Reclamações” e impedir a mera transfusão da quantidade de recursos extraordinários hoje interposta para a reclamação constitucional, forçosamente o STF teria de volver à interpretação anterior quanto à amplitude dessa ação. Mais restritiva, a reclamação agora só poderia ser ajuizada por algum dos legitimados a deflagrar o controle abstrato de normas. Desse modo, seria interdita a via para as demais partes, impedindo que o cidadão comum atalhasse o tortuoso caminho do controle concreto incidental para aceder, de plano, à mais alta Corte do país.

Não haveria nessa providência nenhuma novidade, registre-se. Com efeito, além dos requisitos de ordem formal, os tribunais constitucionais do mundo inteiro que se vêm às voltas com alguma modalidade de acesso direto invariavelmente terminam por conceber “*conceitos-filtro*”, através dos quais limitam ainda mais a quantidade de ações que chegam à corte. Daí, por exemplo, o Tribunal Constitucional espanhol estabelecer a necessidade de uma “especial transcendência constitucional” para conhecer de recursos de amparo, assim como o Tribunal Constitucional alemão estabelecer o

“significado jurídico-constitucional fundamental” como válvula de escape para o não conhecimento de queixas constitucionais²⁰⁰⁸.

O retorno à interpretação anterior quanto ao cabimento da reclamação constitucional desempenharia, nesse contexto, igual tarefa, dispensando a promulgação de qualquer alteração legislativa.

IV.4 Em conclusão

Compilando-se as propostas ora apresentadas, pode-se concluir que o problema da sobrecarga processual do Supremo Tribunal Federal poderá ser efetivamente mitigado caso:

- 1 – Adote-se uma posição mais restritiva e mais consentânea com a Constituição acerca do cabimento do *habeas corpus*, limitando-o aos casos em que efetivamente o paciente disponha de foro por prerrogativa por função;
- 2 – Restrinja-se o rol de autoridades cujo foro por prerrogativa de função recaia sobre o Supremo, deixando sob sua jurisdição apenas o Presidente da República, seu vice, os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Procurador-Geral da República e os ministros dos tribunais superiores;
- 3 – Promovam-se quatro ajustes na nova regulamentação do mandado de injunção: i) acertar a questão da competência, restringindo a atuação do STF a omissões relacionadas a lei federal que não seja de natureza trabalhista (TST), eleitoral (TSE) ou militar (STM); ii) determinar a impossibilidade de concessão de medida liminar; iii) impedir a utilização da via injuncional para casos de omissão parcial; e iv) restringir os efeitos da decisão às partes do processo;
- 4 – Adote-se a proposta original da “PEC Peluso”, transformando o recurso extraordinário em ação rescisória constitucional, de cuja resolução exsurgirá comando com a mesma dignidade das decisões tomadas em controle abstrato, extinguindo, por conseguinte, o

²⁰⁰⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, cit., p. 196.

mecanismo da súmula vinculante e dispensando expedientes de caráter jurídico duvidoso, como o Plenário Virtual;

5 – Volva-se ao entendimento anterior quanto ao cabimento da reclamação, restringindo a possibilidade de ajuizamento aos legitimados a deflagrar o controle abstrato de normas;

6 – Emende-se a Constituição, para nela prever expressamente a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja ela produzida em controle abstrato, seja ela produzida em controle concreto; e

6 – Inverta-se o quórum para reconhecimento da repercussão geral em ação rescisória constitucional, passando-se a determinar a necessidade de manifestação afirmativa da maioria absoluta dos ministros da Corte para que se reconheça o atendimento a esse requisito processual.

Adotando-se essas providências, será possível devolver ao Supremo Tribunal Federal a dignidade que se espera de uma corte responsável pela jurisdição constitucional, impedindo que o grave problema da multiplicação processual termine por inviabilizar em definitivo o exercício de suas nobres funções.

CONCLUSÕES

As alternativas ora apresentadas são as ideais? Possivelmente não. Mas talvez seja tempo de reconhecer-se que aqui se opera numa seara em que *não existem soluções ideais*. No mais das vezes, as soluções apresentadas a nível doutrinário revelam pouca ressonância no mundo político, campo no qual decisões dessa categoria são efetivamente tomadas. E de nada adiantaria propor soluções que não tivessem qualquer viabilidade política apenas para satisfazer uma necessidade científica.

Por isso mesmo, com tantas discussões a nível doutrinário e jurisprudencial, não seria o presente trabalho que deteria a *última palavra* sobre matéria tão controversa. Longe de encerrar o debate, o que aqui se pretendeu na verdade foi o inverso: estimulá-lo e contribuir, ainda que modestamente, para o seu enriquecimento.

É possível, no entanto, enumerar as seguintes conclusões sumárias:

1. O Brasil descobre-se como Nação com a Declaração de Independência, em 1822. Mas somente dois anos depois, em 1824, ergue-se como um Estado de Direito, sob a égide de uma Constituição;
2. Na Constituição de 1824, havia quatro poderes: os três de sempre (Executivo, Legislativo e Judiciário) e o Poder Moderador, atribuição exclusiva do monarca;
3. A existência do Poder Moderador ceifava a idéia de tripartição funcional dos poderes, na medida em que o Imperador operava acima de todos os demais, podendo cassar-lhes as decisões e sentenças;
4. Na época da primeira constituição brasileira, não havia ainda firme a necessidade de um controle de constitucionalidade de normas, visto que essa concepção surgia apenas duas décadas antes, no célebre caso *Marbury vs. Madison*;
5. Foi somente na Constituição de 1891, após a proclamação da República, que se instituiu no Brasil um sistema de controle normativo, cujo ápice era a Constituição;

6. Na Constituição de 1891, importou-se o modelo de controle de constitucionalidade norte-americano, de natureza concreta e base difusa;
7. Ao contrário do sistema estadunidense, não se criou no Brasil um mecanismo semelhante ao *stare decisis*, a fim de evitar a sobrecarga processual do STF;
8. Na Constituição de 1934, incorporou-se ao recurso extraordinário a tarefa de harmonização de jurisprudência dos tribunais locais, ampliando ainda mais o espectro de cabimento desse recurso e, por conseguinte, o número de processos julgados pelo Supremo;
9. Para tentar diminuir a carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal, introduziu-se na Constituição de 1934 o mecanismo de suspensão da eficácia da lei declarada inconstitucional pelo STF em recurso extraordinário, de competência exclusiva do Senado Federal;
10. A fim de mitigar os poderes do Judiciário no esquema de tripartição funcional de competências, a Constituição de 1934 criou também a cláusula de reserva de plenário, segundo a qual os tribunais (incluindo o STF) só poderia declarar a inconstitucionalidade de normas mediante decisão da maioria absoluta de seus membros;
11. Na Constituição de 1937 e durante toda a Era Vargas, experimentou-se grave retrocesso institucional, sem que houvesse poderes livres e soberanos, não havendo que se falar, pois, em controle de constitucionalidade nessa época;
12. Depois do fim do Estado Novo, a Constituição de 1946 promove um resgate das franquias democráticas, retomando o sistema de controle de constitucionalidade das leis arquitetado pela Constituição de 1934;
13. De modo a diminuir a quantidade de processos julgadas anualmente pelo STF, o constituinte de 1946 resolveu criar um tribunal intermediário entre ele e os tribunais estaduais: o Tribunal Federal de Recursos;
14. Com o golpe militar de 1964, instaura-se uma ditadura no Brasil. Apesar disso, é no ano seguinte que surge a primeira espécie

processual de controle abstrato de normas no país: a ação genérica de inconstitucionalidade;

15. Apesar da criação da ação genérica de inconstitucionalidade, o Supremo continuava a outorgar ao controle abstrato os mesmos efeitos do controle concreto, mesmo depois da incorporação do instrumento à Constituição de 1967/69;
16. Somente no meio da década de 70 o STF convenceu-se da necessidade de apartar a ação genérica de inconstitucionalidade do recurso extraordinário, suspendendo a eficácia da lei declarada inconstitucional em controle abstrato independentemente do socorro posterior do Senado Federal;
17. Com o Pacote de Abril de 77, positivou-se a possibilidade de deferimento de medidas liminares em ações genéricas de inconstitucionalidade e criou-se a figura da advocatória, segundo a qual o Supremo poderia avocar o julgamento de qualquer causa em processamento em instâncias inferiores;
18. Após a redemocratização, a promulgação da Constituição de 1988 alterou radicalmente o panorama do controle de constitucionalidade brasileiro. Além da criação da Adin, instituiu-se a Adin por omissão, a ADPF, o mandado de injunção e a reclamação;
19. Na primeira mudança constitucional relativa ao sistema de fiscalização normativa na nova Carta, criou-se a ação declaratória de constitucionalidade, cujo fim é interditar o debate e prolatar uma decisão, com eficácia vinculante, sobre o tema constitucional apreciado;
20. Na mesma emenda que criou a ação declaratória de constitucionalidade (EC nº. 3/93), iniciou-se a problemática sobre os efeitos das decisões proferidas em controle abstrato, uma vez que se previu efeito vinculante e eficácia *erga omnes* para a ADC, mas não para a Adin, que já existia no texto original da Carta;
21. Em 1999, regulamentou-se as ações de controle abstrato e também a ADPF. Coube a esta o papel de colmatar o sistema de controle de constitucionalidade abstrato brasileiro, permitindo-se o ajuizamento

- da arguição de descumprimento de preceito fundamental sempre que não fosse cabível o ajuizamento de Adin ou ADC;
22. Mesmo diante dos novos instrumentos de controle abstrato, o número de causas julgadas pelo STF não diminuiu. Ao contrário. Só fez crescer exponencialmente, dados o caráter analítico da Carta de 1988 e o amplo espectro de abrangência do recurso extraordinário;
23. Com vistas a resolver a questão da sobrecarga processual do Supremo, introduziu-se, no âmbito da Reforma do Judiciário (EC nº. 45/2004), dois mecanismos destinados a restringir o acesso à Suprema Corte brasileira: a súmula vinculante e a repercussão geral em recurso extraordinário;
24. O estado da arte do controle de constitucionalidade brasileiro corresponde, portanto, a: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação: ação de controle abstrato, destinado a julgar a incompatibilidade de norma infraconstitucional com a Constituição; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: ação de controle abstrato, cujo objetivo é verificar a compatibilidade do vazio normativo com o chamado “programa constitucional”; Ação Declaratória de Constitucionalidade: ação de controle abstrato, destinada a definir desde logo, com efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, a constitucionalidade de determinada norma federal; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ação de controle abstrato, com o mesmo escopo de atuação da Adin e da ADC, tendo, no entanto, objetos sindicáveis diversos; Mandado de Injunção: ação de controle concreto, destinada a escrutinar omissões inconstitucionais, embora com âmbito de aplicação mais restrito do que a Adin por omissão; e Recurso extraordinário: instrumento recursal, cujo objetivo é submeter à apreciação do Supremo Tribunal Federal decisões de cortes inferiores acerca da (in)compatibilidade de normas infraconstitucionais com o texto constitucional;
25. No que tange à estruturação de seu sistema jurídico, o Brasil sempre se filiou ao *civil law*, renegando as orientações anglo-saxônicas do *common law*, seja em sua vertente original inglesa, seja em sua vertente jurisprudencial norte-americana;

26. Filiando-se ao sistema de *civil law* e organizando o Estado ao redor de uma constituição, o Brasil instituiu, na Carta de 1988, um modelo de controle de constitucionalidade misto, no qual se mesclam elementos de controle abstrato e controle concreto;
27. Do ponto de vista dogmático, o controle de constitucionalidade abstrato brasileiro produz eficácia contra todos e vincula as decisões dos juízos ordinários. Ao revés, o controle de constitucionalidade concreto reconduz-se a um controle incidental, que vincula apenas as partes do processo;
28. Desde sempre, a abstratização foi vista como resposta para a problemática da sobrecarga processual do Supremo Tribunal Federal,
29. O primeiro passo nesse sentido foi a criação das *class actions* brasileiras, especialmente a ação civil pública e a ação popular, mas seu âmbito restrito de atuação jamais permitiu que atingisse o fim almejado por seus idealizadores;
30. Na Constituição de 1988, o recurso extraordinário manteve basicamente a mesma estrutura já desenhada pelas constituições anteriores. A única diferença marcante resultou de criação jurisprudencial: a necessidade de prequestionamento da matéria constitucional nas instâncias inferiores;
31. Entre 1988 e 2002, a quantidade de recursos extraordinários julgados pelo Supremo saltou de aproximadamente 14 mil para mais de 160 mil por ano;
32. A criação da figura da repercussão geral pela EC nº. 45/2004 visou a restringir a quantidade de recursos extraordinários que chegam anualmente ao STF;
33. Embora não haja consenso doutrinário quanto ao que seja “repercussão geral”, é certo que o mecanismo destina-se a funcionar como filtro de acesso à Suprema Corte brasileira;
34. Juridicamente, a repercussão geral caracteriza-se como pressuposto de admissibilidade de recurso extraordinário, devendo ser demonstrado em preliminar no ato de interposição do apelo;

35. Em que pese algumas semelhanças remotas, a repercussão geral não tem nada a ver com o *writ of certiorari* do direito norte-americano, nem tampouco com a *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão. Trata-se, na verdade, de instituto tipicamente brasileiro, dotado de uma função muito peculiar: filtrar o acesso das partes à jurisdição do STF;
36. A pressa do Supremo em aplicar o instituto foi tão grande que a Corte decidiu aplicar a regra mesmo a recursos já interpostos, violando garantias comezinhas do direito processual;
37. Apesar de a Constituição ser clara quanto ao quórum exigido para negar-se a repercussão geral no recurso extraordinário (2/3 dos ministros do STF), não está claro o procedimento a ser adotado nos casos julgados pelas turmas do Supremo, compostas por somente 5 ministros;
38. A exigência de quórum qualificado para negar seguimento a recurso extraordinário por ausência de repercussão geral implica a conclusão de que todo recurso presumidamente atende a esse requisito específico de admissibilidade, pois somente o voto de oito ministros pode afastar o julgamento do mérito na Corte;
39. A ausência de regulamentação específica para escolha do “recurso representativo da controvérsia” causa diversos transtornos ao julgamento das causas com repercussão geral. Por isso mesmo, o melhor caminho a seguir seria a adoção da lógica da causa de pedir aberta, tal como sucede com as ações de controle abstrato;
40. À semelhança do que ocorre nas ações diretas, admite-se na repercussão geral a intervenção do *amicus curiae*, aproximando o instrumento do procedimento previsto nas ações de controle abstrato;
41. A despeito da mudança, ainda não estão claros os efeitos do julgamento de recurso extraordinário em repercussão geral. Embora não haja previsão a nível constitucional ou legal, o Supremo Tribunal Federal, em pelo menos uma ocasião, julgou prejudicada ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto já havia sido decidido em sede de repercussão geral;

42. Salvo embargos declaratórios, não cabe qualquer recurso contra decisão do STF tomada em recurso extraordinário com repercussão geral. Tampouco sabe, segundo o STF, o ajuizamento de mandado de segurança visando à rediscussão da matéria;
43. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, inclusive *pro futuro*, embora prevista unicamente para as ações de controle abstrato de normas, já vem há algum tempo sendo aplicada ao controle concreto;
44. Também na esteira da Reforma do Judiciário, introduziu-se a chamada Súmula Vinculante no direito brasileiro. Através desse instrumento, o STF passa a ter poder de, após reiteradas decisões sobre uma mesma matéria, emitir um enunciado com força obrigatória geral, de maneira a vincular as decisões dos juízos inferiores e da própria Administração Pública;
45. Dada a sua força peculiar, sem paralelo no sistema brasileiro e mesmo em ordenamentos alienígenas, a súmula vinculante não pode ser de modo algum comparada aos casos julgados, aos precedentes e às súmulas ordinárias do direito brasileiro;
46. A construção do instituto da súmula vinculante deu-se de forma paulatina, remontando aos assentos da Casa de Suplicação de Portugal e passando por diversas reformas no direito processual civil, com a atribuição cada vez maior de eficácia vinculante aos enunciados compilados pelos tribunais;
47. As súmulas vinculantes têm natureza claramente normativa, atuando o STF como entidade paralegislativa ao editá-las, uma vez que se revestem de força e conteúdo equiparados ao da própria norma legal;
48. A edição de súmula vinculante pressupõe decisões reiteradas sobre a mesma matéria e quórum qualificado (2/3) do Supremo para sua edição. Esses pressupostos nem sempre são respeitados, como aconteceu, por exemplo, na Súmula Vinculante nº. 11, editada após o julgamento de um único caso;
49. Tal qual as ações de controle abstrato e a repercussão geral em recurso extraordinário, também na edição de súmulas vinculantes admite-se a intervenção do *amicus curiae*;

50. A despeito de expressa previsão constitucional, até o momento o Supremo Tribunal Federal não alterou ou cancelou qualquer de suas súmulas vinculantes;
51. Sem embargo de sua eficácia, a súmula não vincula a atuação do legislador e do próprio STF;
52. Traço diferenciador da súmula vinculante é a possibilidade de ajuizamento de reclamação constitucional diretamente no Supremo para discutir casos nos quais ela não tenha sido observada;
53. A reclamação constitucional constitui um atalho processual, permitindo à parte aceder diretamente ao Supremo Tribunal Federal, quando houver presente decisão com força obrigatória geral;
54. Embora possua algumas similaridades, a reclamação constitucional não se compara à queixa constitucional alemã, nem ao recurso de amparo espanhol;
55. A reclamação constitucional possui natureza jurídica de ação constitucional, destinada preservar a competência do STF e a garantir a autoridade de suas decisões;
56. O mandado de injunção destina-se a assegurar o exercício de direitos, liberdades e garantias constitucionais pendentes de regulamentação pelo legislador ordinário. Atua, portanto, no espaço da omissão inconstitucional;
57. A despeito da semelhança na nomenclatura, o mandado de injunção nada tem a ver com o *writ of injunction* do direito anglo-saxão;
58. Os efeitos das decisões proferidas em mandado de injunção passaram por grandes mudanças ao longo do tempo. Desde a adoção inicial da posição não concretista, logo após a promulgação da Carta de 1988, passando pela posição concretista individual direta e intermediária, até desaguar na posição concretista geral, adotada no paradigmático caso do julgamento dos MIs nºs. 670, 708 e 712;
59. Com o julgamento do direito de greve dos servidores públicos, o STF operou radical transformação no panorama jurídico do mandado de injunção, atribuindo-lhe poderes que a Adin por omissão – instrumento abstrato, de legitimidade restrita – jamais sonhou em ter;

60. Tal foi a mudança operada que a Corte passou a entender cabível até mesmo o ajuizamento de reclamação constitucional nos casos em que desobedecida decisão proferida pelo STF em sede de mandado de injunção;
61. Além dos instrumentos ordinários, a jurisdição constitucional brasileira passou a atuar também pela via supostamente estrita do *habeas corpus*;
62. Sem embargo da legitimidade restrita prevista pela Constituição Federal, a práxis forense passou a alargar as hipóteses de interposição de *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, transformando-o em sucedâneo recursal;
63. A primazia do *habeas corpus* adquiriu tal dimensão que, hoje, essa garantia fundamental é o principal veículo para julgamento da matéria penal com fundamento constitucional perante o STF;
64. Para além de se transformar em instrumento preferencial para discussão de matéria penal no Supremo, o *habeas corpus* passou a desempenhar também a função de sindicat a constitucionalidade de leis infraconstitucionais penais perante o Supremo e mesmo de normas originárias da Constituição, admitindo-se até mesmo a interposição de reclamação para discutir eventual descumprimento de tese fixada pelo STF em julgamento de *habeas corpus*;
65. Com a profusão de ajuizamento de *habeas corpus*, o Supremo, na tentativa de mitigar o volume de processos julgados anualmente pela Corte, admitiu a execução de sentença penal condenatória não transitada em julgado, bastando para tanto a confirmação da decisão por órgão colegiado de 2º grau;
66. Malgrado a inexistência de previsão legal ou constitucional, o Supremo passou a admitir também a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade operado por meio de *habeas corpus*;
67. Com todas essas alterações, hoje pode-se afirmar que não existe mais controle concreto de constitucionalidade no Brasil. Isso porque:
1 – O recurso extraordinário, cujo cabimento encontra-se limitado pelo pressuposto da repercussão geral, apresenta-se como instrumento de controle objetivo de normas, com a possibilidade

- inclusive de prejudicar o conhecimento futuro de eventual ação de controle abstrato cujo objeto seja a mesma norma anteriormente inquinada; 2 – A súmula vinculante permite a expansão da sua eficácia coercitiva a todo e qualquer procedimento, sujeitando todos os juízos do país a seguir o entendimento do Supremo, cabendo reclamação em caso de inobservância do verbete; 3 – O mandado de injunção tornou-se instrumento de controle abstrato das omissões legislativas inconstitucionais, assumindo feição concretista geral, permitindo ao Supremo a edição de uma norma destinada a preencher o vácuo legislativo com eficácia *erga omnes*, comportando o emprego da reclamação constitucional com o propósito de impor a decisão nele veiculada; 4 – O *habeas corpus*, cuja competência originária do STF é em tese deveras restrita, assumiu a condição de instrumento por excelência para controle de constitucionalidade de normas penais em caráter concreto (e até de normas constitucionais originárias), inclusive com a possibilidade de ajuizamento de reclamação para sindicat o descumprimento do preceituado e até mesmo de modularem-se os efeitos dessa decisão;
68. O primeiro problema da abstratização do controle concreto, tal como foi concebida no Brasil, diz respeito à inviabilidade recíproca de seus dois principais instrumentos: a súmula vinculante e a repercussão geral. Como a súmula vinculante depende da reiteração de julgados sobre a mesma matéria, a sistemática da repercussão geral impediria que outro processo subisse ao STF para decisão. Na mão contrária, se houver súmula vinculante sobre a matéria, não caberá recurso extraordinário, ainda que dotado de repercussão geral. Tratam-se, portanto, de dois instrumentos mutuamente excludentes;
69. Para tentar compatibilizar ambos os instrumentos, em pelo menos três hipóteses o Supremo adotou como regra editar, em contrariedade a disposição expressa do texto constitucional, uma súmula vinculante após o julgamento de recurso extraordinário em repercussão geral;
70. Além da inviabilidade recíproca, os mecanismos da súmula vinculante e da repercussão geral não se coadunam com o art. 52,

- inc. X, da CF/88, que outorga ao Senado Federal a competência para suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF, quando atua em sede de controle concreto;
71. A repercussão geral também depõe contra a prática corriqueira de julgamentos monocráticos pelos ministros do STF. Como a rejeição da repercussão geral depende de maioria qualificada da Corte, em tese os juízes do Supremo somente poderiam julgar monocraticamente recursos extraordinários se fosse para provê-los, jamais para rejeitá-los. Tal circunstância agravaria ainda mais a já sobrecarregada pauta do plenário do STF;
 72. Apesar de existirem vozes respeitáveis em sentido contrário, não há que se falar em violação ao princípio da independência funcional do juiz em decorrência da súmula vinculante, haja vista que a própria Constituição comete ao Supremo o poder de dar a última palavra em matéria de interpretação do texto constitucional;
 73. A súmula vinculante, no entanto, apresenta-se inconstitucional, na medida em que viola de forma clara o princípio da tipicidade legislativa, permitindo ao STF editar norma de caráter geral e abstrato sem que a esta corresponda qualquer procedimento legislativo perante o Congresso Nacional;
 74. Outra inconstitucionalidade da súmula vinculante diz respeito à vinculação dos particulares aos seus verbetes, em desrespeito ao princípio da legalidade, direito fundamental do cidadão (art. 5º, inc. II, CF/88);
 75. Na experiência brasileira, a súmula vinculante não tem servido para fixar a interpretação dos tribunais sobre determinada matéria, mas, sim, permitir ao Supremo legislar por meio delas, criando e impondo direitos *ex nihilo*;
 76. Tanto a súmula vinculante como a abstratização dos efeitos do mandado de injunção vulneram o princípio da separação de poderes, cláusula pétrea da Constituição (art. 60, §4º, inc. I, CF/88), pois permitem a um único órgão não somente criar uma norma, mas ser o responsável por julgar sua aplicação;

77. Nenhum dos mecanismos do sistema de freios e contrapesos presente no nosso ordenamento constitucional atinge o núcleo essencial da atividade de cada poder (ex: impeachment, leis delegadas e medidas provisórias). A súmula vinculante e o mandado de injunção com efeitos *erga omnes* confrontam diretamente a primazia do Congresso na atividade legislativa, sendo, por isso mesmo, inconstitucionais;
78. A abstratização do *habeas corpus*, além de ir de encontro a restrições de competência previstas expressamente no texto constitucional, desnatura a sua função como instrumento de proteção das liberdades individuais, convolvendo-o em instrumento anômalo de controle de constitucionalidade das leis penais;
79. Fora a desvirtuação de sua finalidade, a utilização do *habeas corpus* como instrumento de controle de constitucionalidade vulnera a presunção de legitimidade das leis, pondo em xeque a própria estruturação do sistema jurídico nacional;
80. Nada obstante tenha tentado restringir o cabimento do *habeas corpus*, rejeitando-o como sucedâneo de recurso ordinário constitucional, o Supremo ainda tolera em demasia seu uso, admitindo-o até mesmo nos casos de liminares de tribunais inferiores. Tal prática contribui para o assoberbamento processual da própria Corte;
81. Para além das inconstitucionalidades e das incongruências de ordem prática, a abstratização do controle concreto está a transformar rapidamente o Supremo Tribunal Federal em um “Supremo Tribunal de Reclamações”. A reclamação constitucional, antes um instrumento pouco usado e de cabimento restrito, tem avançado cada vez mais na direção de tornar-se instrumento preferencial de acesso ao STF;
82. Apesar de permitir ao Supremo maior controle sobre a vinculação das instâncias ordinárias às suas decisões, a reclamação não pode se transformar em *passe-partout* da jurisdição constitucional brasileira, sob pena de simplesmente transportar a crise numérica dos recursos extraordinários para a reclamação constitucional;

83. A abstratização do controle concreto, além de não resolver o problema da sobrecarga processual do Supremo Tribunal Federal, arrisca-se a terminar numa mera troca de instrumentos de impugnação: o que antes era impugnado por meio de recurso extraordinário, passará a ser impugnado por meio de reclamação;
84. Não obstante a inutilidade prática dessa troca, a substituição do recurso extraordinário pela reclamação traz consigo ainda o efeito deletério de suprimir a manifestação das instâncias inferiores de jurisdição, permitindo à parte aceder diretamente ao Supremo para resolver seu litígio. Com o tempo, o STF arriscar-se a se transformar em instância única de resolução de conflitos no Brasil;
85. A abstratização dos efeitos do controle concreto, portanto, não constitui um mal em si. A grande questão é que a forma com a qual esse projeto de transformação da jurisdição constitucional no Brasil teve lugar. A falta de coerência lógico-jurídica dessa mudança acabou por revelar instrumentos de constitucionalidade duvidosa e, no caso da repercussão geral e da súmula vinculante, mutuamente excludentes; 3 – A súmula vinculante, embora, a nosso juízo, não vulnere o princípio da independência funcional do juiz, ofende o princípio da tipicidade legislativa e, por conseguinte, o princípio da separação de poderes, ao conferir poderes paralegislativos ao Supremo; 4 – Assim como no caso anterior, também viola o princípio da separação de poderes a atribuição de eficácia erga omnes ao mandado de injunção, com o agravante de que esse remédio constitucional jamais alcançou volume processual que justificasse sua abstratização; 5 – A abstratização do habeas corpus, além de desnaturá-lo como remédio constitucional precípua para a defesa das liberdades individuais, convola-o em inesperado instrumento de controle de constitucionalidade das leis penais, transgredindo a competência constitucional outorgada ao STF e permitindo a qualquer cidadão contornar as limitações do foro por prerrogativa de função; 6 – A modificação de entendimento quanto ao cabimento da reclamação, associada à introdução da súmula vinculante e à abstratização dos efeitos em repercussão geral,

mandado de injunção e habeas corpus, tem pouco a pouco trasladado a crise numérica dos recursos extraordinários para as reclamações constitucionais.

86. Conclui-se, portanto, que a abstratização dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade, tal como está estruturada hoje no Brasil, não resolve o principal contratempo que se propunha a solucionar: a sobrecarga processual do STF. Na verdade, seus dois principais instrumentos – a súmula vinculante e a repercussão geral – acrescentam diversas perplexidades dogmáticas a um quadro já confuso de compatibilidade dos instrumentos atualmente empregados com o núcleo duro da Constituição, sem que sequer arranhem o problema que se dispunham a resolver;
87. Embora pudesse ser a solução ideal, a transformação do Supremo em corte exclusivamente constitucional revela-se como mudança de difícil viabilização, visto a esperada oposição dos litigantes em geral e da própria Corte. Além disso, deporia contra a experiência histórica brasileira, assentada desde sempre em um controle de constitucionalidade acentuadamente concreto, com o STF atuando como Suprema Corte recursal;
88. Para reduzir a quantidade de processos julgados anualmente pelo Supremo, uma vez existirem múltiplos fatores a assoberbar a Corte, as soluções também têm de ser diversas;
89. Em relação ao *habeas corpus*, não é necessária qualquer mudança legislativa, seja a nível legal, seja a nível constitucional. Bastaria ao STF seguir a Constituição e restringir as hipóteses de impetração às pessoas nela relacionadas. Às demais, deveriam ter seus casos conhecidos somente pelas instâncias ordinárias;
90. Também é necessário restringir o rol de pessoas detentoras de foro por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal. Essa medida evitaria o assoberbamento da Corte com a infinidade de casos penais de autoridades, assim como reservaria sua atuação a funções mais nobres, como o controle de constitucionalidade das leis;

91. No que toca ao mandado de injunção, deveriam ser promovidos quatro ajustes em sua nova normatização (Lei nº. 13.300/16): i) acertar a questão da competência, restringindo a atuação do STF a omissões relacionadas a lei federal que não seja de natureza trabalhista (TST), eleitoral (TSE) ou militar (STM); ii) determinar a impossibilidade de concessão de medida liminar; iii) impedir a utilização da via injucional para casos de omissão parcial; e iv) restringir os efeitos da decisão às partes do processo;
92. Para solucionar o problema da crise numérica dos recursos extraordinários, propôs-se a chamada “PEC Peluso”, que transforma o recurso extraordinário em ação rescisória constitucional. O substitutivo original do Senado Ricardo Ferraço, todavia, foi alterado substancialmente pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira, desnaturando por completo a alteração;
93. A nosso ver, a melhor alternativa seria a importação temperada do modelo de controle concreto português. Despida de controversa salvaguarda dos “três casos concretos”, a proposta englobaria o projeto original do Ministro Peluso, transformando o recurso extraordinário em ação rescisória constitucional, mas, ao mesmo tempo, conferir-lhe-ia força obrigatória geral;
94. Tal sistemática implicaria a extinção do inconstitucional mecanismo da súmula vinculante (por desnecessidade prática), potencializaria os efeitos da repercussão geral (mas sem carregar grande parte de seus defeitos) e resolveria a maior parte da sobrecarga processual que vitima o Supremo Tribunal Federal;
95. Por fim, para diminuir ainda mais a quantidade de causas julgadas pelo Supremo, o quórum para reconhecimento de repercussão geral deveria ser invertido: ao invés de 2/3 para rejeitar-se a repercussão geral, seria necessária a manifestação favorável da maioria absoluta dos ministros a fim de conhecer o processo. Assim, o mecanismo de fato funcionaria como filtro de acesso à Suprema Corte brasileira, à semelhança do *writ of certiorari* norte-americano;
96. Compilando-se as propostas ora apresentadas, pode-se concluir que o problema da sobrecarga processual do Supremo Tribunal Federal

poderia ser efetivamente mitigado caso: 1 – Adotasse-se uma posição mais restritiva e mais consentânea com a Constituição acerca do cabimento do *habeas corpus*, limitando-o aos casos em que efetivamente o paciente disponha de foro por prerrogativa por função; 2 – Restringisse-se o rol de autoridades cujo foro por prerrogativa de função recaia sobre o Supremo, deixando sob sua jurisdição apenas o Presidente da República, seu vice, os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Procurador-Geral da República e os ministros dos tribunais superiores; 3 – Promovesse-se quatro ajustes na nova regulamentação do mandado de injunção: i) acertar a questão da competência, restringindo a atuação do STF a omissões relacionadas a lei federal que não seja de natureza trabalhista (TST), eleitoral (TSE) ou militar (STM); ii) determinar a impossibilidade de concessão de medida liminar; iii) impedir a utilização da via injuncional para casos de omissão parcial; e iv) restringir os efeitos da decisão às partes do processo; 4 – Adote-se a proposta original da “PEC Peluso”, transformando o recurso extraordinário em ação rescisória constitucional, de cuja resolução exsurgirá comando com a mesma dignidade das decisões tomadas em controle abstrato, extinguindo, por conseguinte, o mecanismo da súmula vinculante e dispensando expedientes de caráter jurídico duvidoso, como o Plenário Virtual; 5 – Volvesse-se ao entendimento anterior quanto ao cabimento da reclamação, restringindo a possibilidade de ajuizamento aos legitimados a deflagrar o controle abstrato de normas; 6 – Emendasse-se a Constituição, para nela prever expressamente a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja ela produzida em controle abstrato, seja ela produzida em controle concreto; e 6 – Invertesse-se o quórum para reconhecimento da repercussão geral em ação rescisória constitucional, passando-se a determinar a necessidade de manifestação afirmativa da maioria absoluta dos ministros da Corte para que se reconheça o atendimento a esse requisito processual.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. Comentário ao art. 2º da CF/88. In MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodium, 2008.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2014.

ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa – A construção dogmática**. Coimbra: Almedina, v.1, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo. **Sim ou não ao recurso de amparo?** Revista Julgar, nº. 11. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Súmula vinculante. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Liminar em reclamação. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs). **Reclamação Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2013.

ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento da reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da Lei nº. 11.417/2016. In **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 394, nov./dez. 2007.

ALVIM, Eduardo Arruda. Reclamação e ação direta de inconstitucionalidade. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Reclamação constitucional**. Salvador: Juspodium, 2013.

AMARAL JÚNIOR, José Levi do. Regulamentação do mandado de injunção. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

AMORIM, Aderbal Torres de. **O novo recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

AMORIM, Aderbal Torres. **O novo recurso extraordinário**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **A correição parcial**. São Paulo: Bushatsky, 1969.

ARAS, Vladimir. A “nova” doutrina brasileira do habeas corpus. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2012/09/09/a-nova-doutrina-brasileira-do-habeas-corpus/>. Acesso em 21 dez. 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997.

ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do direito processual civil contemporâneo**. São Paulo: RT, 2001.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

ASSIS, Arnaldo Camanho de. Liminares no Mandado de Injunção. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ASSIS, Jefferson Alves; ARAÚJO, Antônio Fábio Medrado. **Dogmática do habeas corpus na Suprema Corte brasileira**. São Paulo: Pillares, 2012.

AURELLI, Arlete Inês. Condições da ação para o exercício da reclamação constitucional. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs.). **Reclamação Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2013.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BARBI, Celso Agrícola. **Mandado de injunção**. Revista dos Tribunais, v. 637, p. 7-12, nov. 1988.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Armadilhas constitucionais: estudo sobre a regulamentação do mandado de injunção sob a perspectiva das relações entre Legislativo e Judiciário. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARBOSA, Maria Ligia de Magalhães. **Reclamação Constitucional**. Rio de Janeiro: BPUC/RJ 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXXXI, p. 233-290. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAUDE, Patrick. **Judicial jurisdiction - A reference guide to the United States Constitution**. Westport: Praeger, 2007.

BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o tribunal constitucional e a judicialização da política. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 103. p. 325-336, jan./dez. 2008.

BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Subsistência do control difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coords.). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Almedina: Lisboa, 2012.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da *stare decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileiro. In **Revista de Processo**. Vol. 253. Ano 41. p. 347-385. São Paulo: RT, mar/2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4ª ed. Brasília: EUB, 1994.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRINDEIRO, Geraldo. A responsabilidade política e o impeachment do Presidente da República. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; RAMOS, Dircêo Torrecillas; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; GODOY, Mayr; e FERRAZ, Sérgio. **Impeachment: Instrumento da democracia**. São Paulo: IASP, 2016.

BRYAN, Amanda Clare. **Vox Populi, Vox Curiae: Public opinion and the U.S. Supreme Court**. Disponível em <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.963.1938&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 28 dez. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5.

BUENO, Casso Scarpinella. **De volta ao prequestionamento: duas reflexões sobre o Recurso Extraordinário nº. 298.695/SP**. Disponível em <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/009.pdf>. Acesso em 15 out. 2016.

CAGGIANO, Monica Herman. Emenda Constitucional nº. 45/2004. In **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 5. jan./jun. 2005, p. 185-204. São Paulo: ESDC, 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Tradução de Lucia Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, v. 2.

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes. **Revista de Processo**. Vol. 168. Ano 34. p. 143-160. São Paulo: RT, fev/2009.

CAMPOS, Luciana Dias de Almeida. **A repercussão geral: um conceito jurídico indeterminado**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/18381/a-repercussao-geral-um-conceito-juridico-indeterminado>. Acesso em 7 ago. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARMO, Fernando Luis Lelis do. **Prisão preventiva e o confronto aos princípios constitucionais**. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14113. Acesso em 15 jun. 2016.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas : Servanda, 1999, v. I.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CASTRO, Fábio Caprio Leite de. **Comentários sobre o habeas corpus na esfera cível**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/9726/comentarios-sobre-o-habeas-corpus-na-esfera-civel>. Acesso em 27 dez. 2017.

CASTRO, Leonardo. **Prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária – Distinções**. Disponível em <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/313428773/prisao-em-flagrante-prisao-preventiva-e-prisao-temporaria-distincoes>. Acesso em 15 jun. 2016.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; NETO, Francisco Ferreira Jorge. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1699. Acesso em 10 ago. 2016.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Medidas provisórias**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal do Brasil – tema novo ou variação recorrente do papel das Supremas Cortes? In PAULSEN, Leandro (coord.). **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

COGO, Larissa Castilho. **Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade: Análise do art. 52, inciso X, da CF/88**. Porto Alegre: BPUC/RS, 2012.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Comentários ao art. 5º, incisos LIV ao LVII da CF/88. In MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016.

CORTI, Ana Paula. Estado Novo (1937-1945): a ditadura de Getúlio Vargas. Disponível em <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/estado-novo-1937-1945-a-ditadura-de-getulio-vargas.htm>. Acesso em 30 set. 2015.

CRUZ, Guilherme Braga da. **Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro**. Separata da Revista Scientia Iuridica, IV, São Paulo, 1954.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente jurisprudencial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei nº 11.418/2006). **Revista de processo**, v.32, n.145, mar. 2007.

CUNHA JR., Dirley. **Controle de constitucionalidade – Teoria e prática**. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2008, p. 41.

CUNHA, Leonardo Carreira da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In PAULSEN, Leandro (Coord.). **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais**. São Paulo: RT, 2008.

DANTAS, Ivo. **Mandado de injunção**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1994.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. A reclamação constitucional no direito comparado. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs). **Reclamação Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2013.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. O procedimento da reclamação. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs). **Reclamação Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2013.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação constitucional. In FARIAS, Cristiano Chaves de; e DIDIER JR., Freddie. **Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DEVLIN, Patrick Arthur (Lord). **Judges and lawmakers**. The Modern Law Review. v. 39, no. 1, p.1- 16, jan. 1976.

DIDIER JR., Freddie. Transformações do recurso extraordinário. In FUX, Luiz; NERY JR. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e constituição. Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006.

DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Comentários ao art. 102, inc. III, da CF/88. In MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Novas funções e estrutura do Poder Judiciário na Constituição de 1988: uma introdução. **Revista de Informação Legislativa**, v. 27, nº. 108, p. 67-76, out./dez. 1990.

DOMINGOS, Paulo Bruno Rodrigues. A abstrativização do controle difuso constitucional e suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da FA7**, Fortaleza, v. IX, n. 1, p. 153-162, abr. 2012.

DONIZETTI, Elpídio. **Ações constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

DRAGO, Guillaume. **Contentieux constitutionnel français**. 3ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

ENTERRÍA, Eduardo García. **Democracia, jueces y control de la Administración**. Madrid: Civitas, 1995.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FALLA, Fernando Garrido. **Comentários a la Constitución**. Madrid: Civitas, 1985.

FARNSWORTH, E. Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. 4th. Ed. New York: Oxford University Press, 2010.

FAVOREU, Louis. **Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations**. *Revue du Droit Public*, n. 98, 1982.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDEZ, Mônica Tonetto. **Dos embargos de declaração**. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev11.htm>. Acesso em 4 ago. 2016.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Inconstitucionalidade por omissão – Uma proposta para a constituinte**. Revista de Informação Legislativa, v. 23, n. 89, p. 49-62, jan./mar. 1986.

FERRAZ, Thaís Schilling. Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade. In PAULSEN, Leandro (Coord.). **Repercussão geral no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os princípios do processo constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. XLIX. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O paradoxo da justiça constitucional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. LI, n. 1, p. 17-24. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIRA, Álvaro Reis. Ser, dever ser e parecer – Notas sobre a deontologia dos juízes: da disciplina ao aparecimento de códigos de conduta. In **Revista Sub Judice**. nº. 32. p. 9-21. Lisboa: Almedina, jul./set. 2005.

FILARDI, Hugo. Análise crítica da proposta de emenda constitucional dos recursos (PEC 15/2011): proposta de compatibilização dos princípios constitucionais do acesso à Justiça, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, duração razoável do

processo e efetividade da tutela jurisdicional. In **Revista de Processo**. Vol. 201. Ano 36. p. 203-220. São Paulo: RT, novembro/2011.

FONSECA, Domingos Thadeu Ribeiro da. **A garantia da liberdade individual no direito brasileiro: *habeas corpus*, enquadramento histórico e realidade hodierna**. Lisboa: BFDUL, 2011.

FONSECA, Jairo Simon da; MARTINS, Gilberto de Andrade. **Curso de Estatística**. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FONSECA, Rui Guerra da. **O fundamento da autotutela executiva da Administração Pública: Contributo para sua compreensão como problema jurídico-político**. Lisboa: Almedina, 2012.

FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Habeas corpus. In DIDIER JR. Freddie (org.) **Ações constitucionais**. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2008.

FRANÇA, Giovane de Azevedo. **A súmula vinculante e a transcendência normativa das decisões da jurisdição constitucional brasileiro**. Lisboa: BFDUL, 2010.

FRANÇA, Giovane de Azevedo. **Os limites funcionais do controle judicial das omissões legislativas – A nova dimensão do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a partir do leading case MI nº. 708**. Lisboa: BFDUL, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007.

FREIRE, Phablo; e COSTA, Carlos Miller. **Um estudo de caso sobre o foro privilegiado: análise sobre os limites da efetividade do instituto**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17774. Acesso em 12 dez. 2017.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Três argumentos para manter o foro por prerrogativa de função.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-04/observatorio-constitucional-tres-argumentos-manter-foro-prerrogativa-funcao>.

Acesso em 12 dez. 2017.

GAMA, William Ricardo Grilli. **O direito de errar por último.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/31657/o-direito-de-errar-por-ultimo>. Acesso em 2 ago. 2016.

GINSBURG, Jane C. **Legal methods.** Westbury: The Fundation Press, 1996.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Reclamação Constitucional. In DIDIER JR., Freddie (coord.) **Ações Constitucionais.** Salvador: JusPodivm, 2006.

GOLAT, BÁRBARA. **Poder vinculante dos precedentes: confluências e diferenças em controles abstrato e difuso de constitucionalidade.** Lisboa: BFDUL, 2014.

GOMES, Anderson Ricardo. **Crítica à tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8306.

Acesso em 17.11.17.

GONÇALVES, Tadeu Hutter. **A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade no Brasil e em Portugal.** Lisboa: BFDUL, 2010.

GOUVÊA, Luís Felipe Espíndola. A inconstitucionalidade das novas hipóteses de reclamação previstas no Novo Código de Processo Civil. In **Revista de Processo.** Vol. 253. Ano 41. p. 257-270. São Paulo: RT, mar. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Medidas provisórias na Constituição de 1988.** Revista dos Tribunais, nº 658, ano 79, p. 241-243, ago. 1990.

GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e normativa do direito oficial: o chamado ‘efeito vinculante’. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, ano 1, nº3., maio/out 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HAGE, Jorge. O PL que regulamenta o mandado de injunção: uma iniciativa mais que oportuna. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. Traduzido por Inocêncio Mártires Coelho. In HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida. In HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HETSPER, Rafael Vargas. **O remédio do momento: habeas corpus**. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=2272. Acesso em 24 abr. 2017.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Reclamação e correção parcial: critérios para distinção. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs.) **Reclamação constitucional**. Salvador, Juspodium, 2013.

KADRI, Omar Francisco do Seixo. **O executivo legislador: o caso brasileiro**. Stvdia Juridica 79. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de injunção como poder-atribuição. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LACERDA, Galeno. **O novo Direito Processual Civil e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LAVADA, Filipe Antônio Marchi. A repercussão geral na Constituição Federal e no projeto de lei que acrescenta os arts. 543-A e 543-B ao CPC. In MELLO, Rogério Licastro Torres (Coord.). **Recurso especial e extraordinário: repercussão geral e atualidades**. São Paulo: Método, 2007.

LEAL, Victor Nunes. Passado e presente da súmula do STF. In **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Vozes, v. 145, jul./set. 1981, p. 1-20.

LEÃO, Thales Prestêlo Valadares. **Da impetração do mandado de segurança contra ato judicial: Temperamentos à luz da jurisprudência dos tribunais superiores**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/28924/da-impetracao-de-mandado-de-seguranca-contra-ato-judicial>. Acesso em 9 set. 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10^a ed. São Paulo: Método, 2006.

LIMA, Valdir. **Aplicação da lei processual penal no tempo e no espaço**. Disponível em <https://limavaldir2007.jusbrasil.com.br/artigos/487494199/aplicacao-da-lei-processual-penal-no-tempo-e-espaco>. Acesso em 4 abr. 2016.

LIMONGE, Aroldo. As novas tendências da reclamação constitucional. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Reclamação constitucional**. Salvador: Juspodium, 2013.

LOR, Encarnación Alfonso. **Súmula vinculante e repercussão geral: novos institutos de direito processual constitucional**. São Paulo: RT, 2009.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil**. Revista de informação legislativa, v. 43, n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006.

MAGALDI, Leandro Gonçalves. **Justiça constitucional e abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade no Brasil**. Lisboa: BFDUL, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7^a ed. São Paulo: RT, 2007.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARINONI, Luís Guilherme. **Tutela específica**. São Paulo: RT, 2001.

MARINONI, Luis Guilherme. **Tutela inibitória**. São Paulo: RT, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral do Recurso Extraordinário**. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Bruno Pereira. **O ônus da prova no processo penal: afinal, deve o réu provar algo?** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=476026eb231804b2>. Acesso em 19 mai. 2016.

MARQUES, José de Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. IV.

MARTINS, Ivens Gandra da Silva. **Duas hipóteses para a súmula vinculante**. Publicado na Gazeta Mercantil de 2 out. 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Disciplina jurídica do impeachment presidencial no Brasil. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; RAMOS, Dircêo Torrecillas; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; GODOY, Mayr; e FERRAZ, Sérgio. **Impeachment: Instrumento da democracia**. São Paulo: IASP, 2016.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.: Montevideo, 2005.

MARTINS, Samir José Caetano. A repercussão geral da questão constitucional (Lei nº 11.418/2006). **Revista Dialética de Direito Processual**. nº. 50. São Paulo: Dialética, maio/2007.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A lei da “Ficha Limpa” – Uma responsabilidade prospectiva? **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de Injunção. In DIDIER JR. Freddie (org.) **Ações constitucionais**. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2008.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional**. Revista de Informação Legislativa. Ano 45, n. 178, p. 7-12, abr./jun. 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. In Revista de Direito Público, n.º 57/58, p. 233-256, 1981.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. As decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. XLVIII. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO. Comentários à Lei no. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade das omissões legislativas e o mandado de injunção: a necessidade de regulamentação normativa no direito brasileiro. In SOUSA, Marcelo Rebelo; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Interpretação dos princípios constitucionais como parâmetros de controle de constitucionalidade em tempos de crise econômico-financeira. In MORAIS, Carlos Blanco de; e MENDES, Gilmar Ferreira. **III Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional**. Brasília; IDP, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e a mutação constitucional: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In MENDES, Gilmar Ferreira; e MORAIS, Carlos Blanco de (orgs). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Henrique Guelber de. O princípio da colegialidade e o papel do relator no processo civil brasileiro. In **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1ª ed., p. 207-225, out./dez. 2007, p. 209.

MERRYMAN, John Henry; e PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An introduction to the legal systems os Europe and Latin America**. 3ª ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, t. 2.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, t. 6.

MIRANDA, Jorge. **O regime de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal**. Lisboa: BFDUL, 2012.

MIRANDA, Jorge. Sobre a composição do Tribunal Constitucional português. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coords.). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Almedina: São Paulo, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t. 3.

MONTEIRO, Arthur Maximus. **Controle de constitucionalidade das omissões legislativas**. Curitiba: Juruá, 2015.

MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes e a necessidade de limites ao ativismo judicial. In SOUSA, Marcelo Rebelo; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. 1.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAIS, Carlos Blanco de. Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamentos sobre os passos de uma evolução subjectivista. In CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; e GOMES, Januário da Costa. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Coimbra: Almedina, 2003, v. 5.

MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de. **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora, 2008, t. 1.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, t. 2.

MORAIS, Carlos Blanco de. Insuficiência dos efeitos *inter partes* das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídico portuguesa. . In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coords.). **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Almedina: São Paulo, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, t. 1.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, t. 2.

MORAIS, Carlos Blanco de. **As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português**. Observatório da Jurisdição Constitucional, ano 5, p. 1-45. Brasília: IDP, 2011/2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma. In AA. VV. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**- Stvdia Ivridica 104. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v.3.

MORAIS, Carlos Blanco de. Reforma e simplificação do processo constitucional em Portugal. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coords.).

Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil.
Almedina: Lisboa, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: Estudos sobre sua regulamentação.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. O fenômeno da supranacionalidade e das mutações genéticas da natureza do Estado e da Constituição. In MORAIS, Carlos Blanco de; e MENDES, Gilmar Ferreira. **III Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional.** Brasília; IDP, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In MENDES, Gilmar Ferreira; e MORAIS, Carlos Blanco de. **Mutações constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa.** Coimbra: Almedina, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Mandado de injunção.** Revista de Processo, v. 14, nº. 56, p. 110-121, out./dez. 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In **Temas de direito processual: 8ª série.** São Paulo: Saraiva, 2004.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus.** 9ª Ed. Barueri: Manole, 2013.

NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 16ª ed. São Paulo: RT, 2016.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 1992.

NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. Salvador: Juspodium, 2016.

NOBRE JR., Edilson Pereira. Aplicação da lei processual no tempo: os honorários de sucumbência e a Fazenda Pública. In **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Volume 88, n. 2, p. 165-180, jul./dez. 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa A eficácia da reclamação constitucional. In NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs.). **Reclamação Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2017.

NOVO, Benigno Nuñez. **O exagero do foro privilegiado no Brasil**. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=4367>). Acesso em 12 dez. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Habeas corpus**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVA, Éric; GIUMMARRA, Sandrine. **Droit constitutionnel**. 8ª ed. Paris: Sirey, 2014.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. **PEC dos Recursos**. Disponível em <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-4734.pdf>. Acesso em 2 de jun. 2016.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Mandado de injunção – Da inconstitucionalidade por omissão**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Mandado de injunção: suas finalidades, efeitos da decisão concessiva e coisa julgada, partes e procedimento. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.

PAIVA, Paulo. A natureza das decisões em mandado de injunção: acerca da supressão unilateral da omissão mediante decisões de perfil aditivo. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Marcelo Caon. O ativismo judicial e a democracia. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. 52, nºs. 1 e 2, p. 305-352, 2011.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da Ação Rescisória**. Campinas, Bookseller: 1998.

QUARESMA, Regina. In MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS,

Carlos Blanco de. **Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas e evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. Mandado de injunção e separação de poderes. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Saulo. Medida Provisória. In AA.VV. **A nova ordem constitucional – aspectos polêmicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

RANÑA, Leonardo Fernandes. O prequestionamento no STJ. Uma abordagem da visão atual da Corte das mudanças trazidas pelo Novo CPC. In **Revista de processo**. Vol. 253. Ano 41. p. 331-346. São Paulo: RT, mar/2016.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1991, v.1.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

RIBEIRO, Flávia Pereiro. **Conceito e análise da repercussão geral**. Disponível em <https://flaviaribeiro2.jusbrasil.com.br/artigos/121816449/conceito-e-analise-da-repercussao-geral>. Acesso em 7 ago. 2016.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIVORÍO, Francisco Javier Díaz. **El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas**. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21. Número 61. Enero-abril, 2001.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

RODRIGUES JR., Otavio. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou Da vocação da doutrina em nosso tempo). **Revista dos Tribunais**. v. 99, n. 891, p. 65-106, São Paulo: RT, janeiro/2010.

ROMANO, Rogério Tadeu. **A legitimidade ativa da pessoa jurídica no habeas corpus**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/39605/a-legitimidade-ativa-da-pessoa-juridica-no-habeas-corpus>. Acesso em 11 nov. 2016.

ROSA, André Vicente Pires. Mandado de injunção sob a perspectiva do Projeto de Lei n. 6.128, de 2009. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSSI, Júlio César. **Revista Dialética de Processo Civil**, n. 19, p. 49-60, out. 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O mandado de injunção finalmente terá sua lei. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **USP – Estudos avançados**, v. 18, nº. 51, maio/ago 2004.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Jurisprudência e precedente vinculante – Uniformização no STF e no STJ. In ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coords.) **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios processuais constitucionais**. Salvador: Juspodium, 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Mandado de Injunção**. São Paulo: RT, 1989.

SANTOS, Paulo Sérgio. **O emprego de algemas e a súmula vinculante nº. 11**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5347. Acesso em 3.11.15.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA NETO. Francisco de Barros e. Paradoxos do recurso extraordinário como ferramenta do direito processual constitucional. In **Revista de Processo**. Vol. 201. Ano 36. p. 45-58. São Paulo: RT, novembro/2011.

SILVA, Bruno Mattos e. **Normatização da repercussão geral em recurso extraordinário**. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95228/REPERCUSS%C3%83O%20GERAL.pdf?sequence=1>. Acesso em 7 ago. 2016.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção judicial contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

SILVA, José Andrade da. **O princípio da presunção de inocência no processo penal**. Disponível em <https://joseandradedasilva.jusbrasil.com.br/artigos/308629386/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-no-processo-penal>. Acesso em 16 out. 2017.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. Direito constitucional: sua situação ordenamento jurídico nacional atual. In AA.VV. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho** – Studia Iuridica 106. v. 6 Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de direito administrativo**. n. 250. p. 197-227. 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. Disponível em http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136. Acesso em 24 set. 2015.

SOUSA, Marcelo Rebelo. **O valor jurídico do acto inconstitucional**. Lisboa: BFDUL, 1988.

SOUZA, Antonio André Muniz Mascarenhas de. **Repercussão geral sob influência das virtudes passivas no controle de constitucionalidade difuso brasileiro**. Lisboa. BFDUL, 2014.

SOUZA, Lúcio Ney de. **Foro privilegiado**. Mossoró: Queima-bucha, 2014.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

SPIEGEL, Murray R. **Estatística**. 3^a ed. São Paulo: Makron Books, 1994.

STRECK, Lênio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXXXII. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. nº. LI. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, v. 1.

STRECK, Lênio Luiz. Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição Brasileira. In SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas do direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lênio, OLIVEIRA; CATTONI, Marcelo Andrade; LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdi o constitucional**. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912 Acesso em 17 set. 2015.

STURZENEGGER, Ricardo Luiz Blundi. Novas perspectivas sobre o mandado de injun o. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injun o – estudos sobre sua regulamentac o**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Mandado de injun o**. Revista de Processo, v. 23, nº. 94, p. 146-151, abr./jun. 1990.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de descumprimento preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante: Estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009.

TAVARES, André Ramos. **O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XLVII, Lisboa: Coimbra Editora, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. Perplexidades do Novo Instituto da Súmula Vinculante no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, julho/agosto/setembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 22 mar. 2016.

TAVARES FILHO, Newton. **Foro privilegiado: pontos positivos e negativos**. Disponível em http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2016_10290_foro-privilegiado-pontos-positivos-e-negativos. Acesso em 12 dez. 2017.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1.

TUSHNET, Mark. *Marbury v. Madison and the theory of judicial supremacy*. In GEORGE, Robert P. **Great cases in constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

URBANO, Maria Benedita. **Interpretação conforme com a constituição e activismo judicial**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano 7, p. 411-418. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional – Evolução histórica e modelos do controlo de constitucionalidade**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

VALCANOVER, Fábio Haselof. **A objetivação do recurso extraordinário. Aspectos constitucionais controvertidos da inovação no sistema recursal brasileiro**. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 1, nº. 2, p. 1175-1224, 2012.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Constituição e Processo (questões polêmicas): a nova feição do mandado de injunção**. Revista de Direito Público, nº. 100, p. 169-174, São Paulo, out./dez. 1991.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante em outros temas. **Revista dos Tribunais**, ano 6, nº. 25, out/dez 1998.

VICTOR, Sérgio Antônio Vieira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade – Debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VILE, John R. **A companion to the United States Constitution and its Amendments**. Westport: Praeger, 2006.

VILLAAMIL, Óscar Alzaga. **Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978**. 2ª ed. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016.

VILLAR, Alice Saldanha. **Direito sumular: STF**. Leme: J. H. Mizuno, 2015.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O *habeas data* na Lei nº. 9.507/97. **Revista de Informação Legislativa**, Revista de Informação Legislativa, v. 35, nº. 137, p. 303-312, jan./mar. 1998.

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. **The constitutional law of the United States**. New York: Westel, 1910.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Ainda cabe mandado de segurança contra ato judicial?** Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/lei-120169-ainda-cabe-mandado-de-seguranca-contra-ato-judicial/4896>. Acesso em 4 ago. 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 6ª ed. Madrid: Trota, 2005.

ZARONI, Vivian. **A reclamação constitucional**. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/reclamacao-constitucional/112501/>. Acesso em 10.11.15.

ZAVASCKI, Teori Albino. Mandado de injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (orgs). **Mandado de injunção – estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.